

**UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS**

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA**

**UNIDAD DE POST GRADO**

**La Aplicación de la reserva del fallo condenatorio en el  
Distrito Judicial de Lima, periodo 2002-2007**

**TESIS**

para optar el grado académico de Magister en Derecho con mención en  
Ciencias Penales

**AUTOR**

Robert Ramón Zapata Villar

**Lima - Perú**

**2007**

## DEDICATORIA

*La presente investigación está dedicada  
a mi alma mater, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas  
de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos*

## AGRADECIMIENTO

*A la institución que me brindó su apoyo, el Ministerio Público.  
Asimismo, al Mg. Ricardo Brousset Salas, quien fungió como  
mi asesor de tesis.*

# INDICE

<b>DEDICATORIA</b>	Pág. 05
<b>AGRADECIMIENTOS</b>	Pág. 06
<b>INTRODUCCIÓN</b>	Pág. 07

## **CAPÍTULO I PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO**

1.1 Enunciado del tema	Pág. 09
1.2 Objetivos de la investigación	Pág. 10
1.2.1 Objetivos generales	Pág. 10
1.2.2 Objetivos específicos	Pág. 10
1.3 Planteamiento del problema	Pág. 11
1.3.1 Formulación del problema de investigación	Pág. 11
1.3.2 Sistematización del problema de investigación	Pág. 11
1.4 Justificación de la investigación	Pág. 11
1.5 Relevancia de la investigación	Pág. 12
1.5.1 Implicancia teórica	Pág. 12
1.5.2 Implicancia práctica	Pág. 13
1.5.3 Implicancia metodológica	Pág. 13
1.6 Antecedentes de la investigación	Pág. 13
1.7 Formulación de las hipótesis de la investigación	Pág. 15
1.7.1 Hipótesis principal	Pág. 15
1.7.2 Hipótesis secundarias	Pág. 16
1.8 Variables de las hipótesis de la investigación	Pág. 16
1.9 Delimitación de la investigación	Pág. 17
1.10 Métodos y técnicas de la investigación	Pág. 17
1.11 Universo y muestra de la investigación	Pág. 18

## **CAPÍTULO II LA SITUACIÓN DEL SISTEMA DE PENAS EN EL PERÚ**

2.1 La pena un instrumento necesario en el derecho penal	Pág. 19
2.1.1 Justificación externa y legitimación interna del derecho penal: tesis	Pág. 19
2.1.2 La doctrina abolicionista del derecho penal: antítesis	Pág. 20
2.1.3 El derecho penal en el estado social y democrático de derecho: síntesis	Pág. 21
2.2 Fundamentos, esencia y fines de la pena	Pág. 25
2.2.1 Fundamento de la pena	Pág. 25
2.2.2 Esencia de la pena	Pág. 26
2.2.3 Fines de la pena	Pág. 26
3.2.3.1 Teorías absolutas o retribucionistas	Pág. 27
3.2.3.2 Teorías relativas o preventivas	Pág. 29
3.2.3.3 Teorías mixtas o de la unión	Pág. 35
3.2.3.4 Toma de postura	Pág. 38

2.3	Principios que sustentan la imposición de una sanción penal	Pág. 40
2.3.1	Principios que sustentan la criminalización de conductas	Pág. 40
2.3.1.1	Principio de necesidad y lesividad: la protección de bienes jurídicos	Pág. 40
2.3.1.2	Principio de materialidad de la acción	Pág. 42
2.3.1.3	Principio de culpabilidad: la exigibilidad	Pág. 43
2.3.2	Principios que sustentan la imposición de una sanción penal	Pág. 45
2.3.2.1	Principio de legalidad penal	Pág. 45
2.3.2.2	Principio de necesidad y de humanidad de las penas	Pág. 46
2.3.2.3	Principios de proporcionalidad, equidad y certeza de las penas	Pág. 47
2.4	El sistema de penas en el derecho penal peruano	Pág. 47
2.4.1	La pena privativa de libertad	Pág. 51
2.4.2	Las penas restrictivas de la libertad	Pág. 54
2.4.2.1	Expatriación	Pág. 55
2.4.2.2	Expulsión	Pág. 56
2.4.3	Las penas limitativas de derechos	Pág. 57
2.4.3.1	Prestación de servicios a la comunidad	Pág. 59
2.4.3.2	Limitación de días libres	Pág. 61
2.4.3.3	Inhabilitación	Pág. 61
2.4.4	La pena de multa	Pág. 63
2.5	La teoría de la determinación judicial de la pena	Pág. 65
2.5.1	Los principios o criterios interpretativos de las reglas de la dosimetría sancionadora	Pág. 66
2.5.1.1	El principio de legalidad	Pág. 67
2.5.1.2	El principio <i>ne bis in idem</i>	Pág. 69
2.5.1.3	El principio de igualdad	Pág. 80
2.5.1.4	El principio de la motivación de la pena	Pág. 80
2.6	Etapas de la determinación judicial de la pena	Pág. 81
2.7	Las circunstancias previstas en los artículos 45 y 46 del Código penal	Pág. 83
2.8	Circunstancias modificativas de la pena	Pág. 87
2.9	La crisis de la prisión en el Perú	Pág. 92
2.9.1	Carencia de infraestructuras y de recursos logísticos, económicos y humanos	Pág. 94
2.9.2	El fracaso de la resocialización	Pág. 97
2.9.3	Nota crítica a la cadena perpetua	Pág. 103
2.9.4	El incumplimiento del monto impuesto como pena de multa	Pág. 110
2.9.5	La inaplicación de las penas limitativas de derechos por parte de los aplicadores del derecho	Pág. 113

### **CAPÍTULO III**

#### **LA RESERVA DEL FALLO CONDENATORIO**

3.1	Contexto: mecanismos alternativos a las sanciones penales	Pág. 115
3.1.1	La suspensión de la ejecución de la pena (arts. 57 – 61 C.P)	Pág. 115
3.1.2	La exención de la pena (art. 68 C.P.)	Pág. 120

3.1.3 Excurso: mecanismos sustitutivos a la pena privativa de libertad	Pág. 121
3.1.3.1 Sustitución de penas (arts. 32 – 33 C.P.)	Pág. 121
3.1.3.2 Conversión de penas (arts. 52 – 54 C.P.)	Pág. 121
3.2 La reserva del fallo condenatorio	Pág. 124
3.2.1 Denominación	Pág. 125
3.2.2 Naturaleza jurídica	Pág. 125
3.2.3 Finalidad	Pág. 126
3.3 Modelos explicatorios de la reserva del fallo condenatorio	Pág. 126
3.3.1 En el Anteproyecto del Código Penal Español de 1983	Pág. 126
3.3.2 El modelo se aparta de la “Probation” Anglosajona	Pág. 128
3.3.3 El modelo es impedir la desocialización	Pág. 134
3.3.4 Posición de Mir Puig	Pág. 135
3.3.5 Posición de Jescheck	Pág. 136
3.3.6 Toma de posición	Pág. 137

#### **CAPÍTULO IV**

#### **REQUISITOS DE APLICACIÓN DE LA RESERVA DEL FALLO CONDENATORIO**

4.1 Condiciones para su concesión	Pág. 139
4.1.1 Respecto a la pena	Pág. 139
4.1.2 Pronóstico favorable	Pág. 139
4.2 Poder discrecional del juez	Pág. 141
4.3 Contenido de la decisión	Pág. 142
4.4 Reglas de buena conducta	Pág. 143
4.5 Duración de período de prueba	Pág. 144
4.6 Efectos del incumplimiento de las reglas de buena conducta	Pág. 144
4.7 La reserva del fallo en el anteproyecto del Código Penal – Parte General del 2004	Pág. 147
4.8 Excurso: síntesis de la problemática de la reserva del fallo condenatorio	Pág. 149

#### **CAPÍTULO V**

#### **CASOS JURISPRUDENCIALES REFERIDOS A LA RESERVA DEL FALLO CONDENATORIO**

5.1 Caso Guevara Peña	Pág. 151
5.2 Caso Sally Bowen	Pág. 153
5.3 Jurisprudencia vinculante de la Corte Suprema de Justicia del Perú	Pág. 155

#### **CAPÍTULO VI**

#### **ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS**

6.1 Tipo de investigación	Pág. 157
6.2 Técnicas de recolección y procesamiento de datos	Pág. 157
6.2.1 Técnicas de recolección de datos	Pág. 157

6.2.1.1 Encuesta	Pág. 157
6.2.1.2 Entrevista	Pág. 157
6.2.1.3 Análisis de registro documental	Pág. 157
6.2.1.4 Análisis micro comparativo de sistemas extranjeros	Pág. 157
6.2.1.5 Fichas de información jurídica	Pág. 158
6.2.1.6 Búsqueda de internet	Pág. 158
6.2.2 Técnicas de procesamiento de datos	Pág. 158
6.2.2.1 Selección y representación por variables	Pág. 158
6.2.2.2 Matriz tripartita de datos	Pág. 158
6.2.2.3 Utilización de procesador sistematizada	Pág. 158
6.2.2.4 Pruebas estadísticas	Pág. 158
6.2.3 Limitaciones	Pág. 158
6.3 Diseño del trabajo operacional	Pág. 159
6.3.1 Población y muestra	Pág. 159
6.4 Contratación y comprobación de hipótesis	Pág. 160
6.4.1 Contratación de la hipótesis	Pág. 160
6.4.2 comprobación de la hipótesis	Pág. 171
<b>CONCLUSIONES</b>	Pág. 172
<b>RECOMENDACIONES</b>	Pág. 173
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	Pág. 174
<b>ANEXOS</b>	Pág. 181

## INTRODUCCIÓN

Como indicó el Dr. Prado Saldarriaga, la Reserva del Fallo Condenatorio fue otra de las innovaciones que en el ámbito de las medidas alternativas introdujo en el derecho peruano, el Código Penal de 1991. Sin embargo, como se ha explicado en esta investigación, su tasa de aplicación en los últimos años ha sido baja; asimismo, en aquellos casos en que se ha invocado, no se ha realizado un seguimiento para verificar el cumplimiento de los fines u objetivos de la reserva del fallo, los cuales, descansan en la prevención especial.

Frente a esta situación, el presente estudio gira en torno a analizar el por qué de este panorama y que alternativas de solución se pueden elaborar para corregirlo. Así, la tesis se divide en seis capítulos, complementados con las respectivas conclusiones, recomendaciones, bibliografía consultada y anexos.

En el primer capítulo, se desarrolla todo lo referente al marco metodológico, es decir, se plantea el problema de investigación, los objetivos, justificaciones, hipótesis, variables, indicadores, metodología empleada, así como, la descripción de las técnicas e instrumentos usados en el presente estudio.

En el segundo capítulo se analiza lo referente al sistema de penas en el Perú, exponiendo lo relevante de la pena privativa de libertad, limitativas de derechos y la pena de multa, así como, se ha estudiado el contenido de la teoría de la determinación judicial de la pena, a través del análisis de los artículos 45 y 46 del Código Penal. Además, se ha hecho referencia a la crisis del sistema de penas en el Perú, sobre la base de carencia de infraestructuras, recursos logísticos, económicos y humanos; el fracaso de la resocialización; el incumplimiento del monto impuesto como pena de multa; la inaplicación de las penas limitativas de derechos, etc.

En el tercer capítulo, y luego de haber analizado la actual situación crítica, de la pena en el Perú, se estudió la reserva del fallo condenatorio en el contexto de los mecanismos tanto alternativos como sustitutivos de la pena privativa de libertad; realizándose un estudio exegético y teleológico de esta figura en nuestro país. Además se analiza los diferentes modelos explicativos de esta figura, centrándonos en los modelos español, alemán e inglés, concluyendo su cercanía con el primero de los mencionados.

En el cuarto capítulo, se explica lo referente a los requisitos de aplicación, en atención a la jurisprudencia vinculante dictada por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema del Perú.

En el quinto capítulo, se analizan las líneas jurisprudenciales que sobre la reserva del fallo condenatorio se han levantado; así tenemos los casos de Guevara Peña, Sally Bowen, entre otros.

Finalmente, en el sexto capítulo se presentan los resultados obtenidos en el trabajo de campo, en función a la contrastación y comprobación de la hipótesis de trabajo, planteados en la presente investigación.



Todo estos capítulos se han desarrollado a través de las opiniones de especialistas en la materia tanto nacionales como internacionales, las cuales, han sido complementadas con nuestras apreciaciones, con la finalidad de presentar los diversos puntos de esta tesis, en una manera clara, profunda y detallada, con el ideal que los resultados obtenidos sean de aplicación por parte de los operadores jurídicos.

# **CAPÍTULO I**

## **PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO**

### **1.1 ENUNCIADO DEL TEMA**

El rigor del principio clásico de que todo delito debe ser reprimido ha sido, progresivamente, flexibilizado mediante la introducción de una serie de excepciones. Estas han sido establecidas tanto en el ámbito procesal como en el Derecho penal material. Una de estas figuras es la reserva del fallo condenatorio (art. 62 C.P), la cual, se le encuadra entre uno de los mecanismos alternativos a la pena o a las consecuencias jurídicas del delito, girando en torno a la idea de que la pena (restricción y privación de derechos fundamentales) debe ser impuesta y ejecutada sólo si es necesaria para cumplir los fines de prevención general o especial.

Frente a ello, la finalidad de la reserva del fallo condenatorio es evitar la estigmatización del responsable de un delito (la que tiene lugar mediante la imposición de una condena), sino, por el contrario, facilitar la reinserción social, el descenso del número de encarcelamientos por sentencia penal y evitar las disfunciones del sistema penitenciario (tanto en el aspecto económico, logístico, humano, etc). Se aprecia, por tanto, que el factor decisivo es la apreciación de prevención especial del caso particular y, en un segundo plano, el funcionamiento del sistema.

Sin embargo, las bondades de esta figura se ven mermadas por la aparición de un abanico de problemas que giran en torno, por un lado, a la ratio essendi de este mecanismo, y por otro lado, a su incidencia o aplicación en el Órgano Jurisdiccional.

Sobre el primer aspecto, cabe resaltar los siguientes puntos problemáticos: a) ¿La reserva del fallo condenatorio es un mecanismo de oportunidad (probation – sistema anglosajón) o de suspensión de pena y excarcelación (sistema español), o de régimen de prueba (sistema portugués)?; b) ¿Presenta trastornos e incongruencias procesales (Ej.: en las reglas de conductas, en los mecanismos de revocación de la medida, etc.)?; c) ¿Cabe su aplicación a las penas restrictivas de libertad?; y, d) la carencia de una teoría de determinación judicial de la pena en la dogmática nacional.

Sobre el segundo aspecto, se tiene que, la reserva del fallo condenatorio tiene una tímida acogida en la Magistratura Penal nacional. Por fuerza de la costumbre y falta de información, esta medida ha sido relegada por la aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena. Esta situación negativa de la institución en análisis, se ve aunada, por la carencia de decisiones uniformes y criterios coherentes por parte de los Jueces; necesitándose, por tanto, una investigación que abarque tanto el aspecto teórico como práctico de esta figura.

## **1.2 OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN**

### **1.2.1 OBJETIVOS GENERALES**

- Describir la naturaleza jurídica de la reserva del fallo condenatorio.
- Explicar el grado de aplicación de la reserva del fallo condenatorio en el sistema judicial.
- Identificar la problemática, tanto en sede dogmática como en el aspecto práctico, de la reserva del fallo condenatorio.
- Inferir un modelo teórico con relación a las consecuencias materiales extraíbles de la ratio essendi de la reserva del fallo condenatorio y de la prevención especial.
- Valorar la coherencia y congruencia del modelo teórico con la realidad y el criterio de justicia material.

### **1.2.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

- Conceptuar la reserva del fallo condenatorio.
- Describir la realidad problemática de la reserva del fallo condenatorio sobre la base del Derecho positivo nacional.
- Interpretar la toma de postura del Órgano Jurisdiccional en la determinación y aplicación de la reserva del fallo condenatorio.
- Deducir las consecuencias materiales de las diferentes posiciones doctrinales que giren en torno a la reserva del fallo condenatorio.
- Identificar las causas que impiden una solución racional en el ámbito jurisdiccional con relación a la aplicación de la reserva del fallo condenatorio.
- Formular un modelo (que gire entorno a la razón y a lo racional) que persiga la solución de los problemas descritos en la investigación y que sean operados en el Órgano Jurisdiccional
- Juzgar el cumplimiento de las reglas propias de los componentes onto - praxológico, lógico, mesológico, axiológico y teleológico en el modelo teórico propuesto en la investigación.

## **1.3 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

### **1.3.1 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN**

¿Bajo qué parámetros condicionantes se aplica en nuestro país la reserva del fallo condenatorio?

### **1.3.2 SISTEMATIZACIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN**

- ¿Cuál es la naturaleza jurídica de la reserva del fallo condenatorio, según su tratamiento en nuestro Código Penal?
- ¿En qué porcentaje se ha aplicado la reserva del fallo condenatorio en el Distrito Judicial de Lima, durante el período 2002-2007?
- ¿Cuáles son los factores que impiden una mayor aplicación de la reserva del fallo condenatorio en el Distrito Judicial de Lima, durante el período 2002-2007?

## **1.4 JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN**

La presente investigación se realiza porque una de las cuestiones que más se le critica a la administración de justicia es la de fallar sin un adecuado marco de determinación de la pena y sin aplicar los mecanismos alternativos de las consecuencias jurídicas del delito, esto es, una total desvinculación con la prevención especial (la cual es uno de los fines de la pena)

Ello se vuelve más notorio cuando observamos, por ejemplo, que en el Perú existen opciones a las penas privativas de libertad de corta duración (Ej.: pena de multa, restrictivas de derechos o la renuncia a toda pena), que no vienen siendo aplicadas por los aplicadores del Derecho, probablemente por fallas en la regulación de tales figuras, o bien, por desconocimiento de los presupuestos aplicativos de estos mecanismos. Si bien es cierto, el problema del encarcelamiento en el Perú, ha originado diversos problemas (sobrecongestión en las cárceles, carencia de presupuesto y recursos humanos, así como, logísticos por parte de la administración penitenciaria, afectación a la dignidad y a la condición de persona humana de los internos, etc.), los Jueces han pretendido paliar este problema con la aplicación de uno de las tres figuras que, sobre cancelación de penas cortas o innecesarias, el texto punitivo nacional prevé, esto es, la suspensión de la ejecución de la pena, relegándose a un plano muy secundario a la reserva del fallo condenatorio (y que decir de la exención de pena); preguntándonos por ello, si esto debe ser así, o, caso contrario, cómo reflotar esta figura, no sólo en sede judicial, sino también dogmática.(porque como se indicará más adelante, hay una carencia de investigaciones nacionales sobre esta figura, así como, en los tratados y

manuales de Derecho penal, sólo le han dedicado pocas páginas a esta trascendental figura)

Frente a ello, el logro de la seguridad jurídica es un anhelo de cualquier persona, por lo que, esta investigación pretende contribuir, en algo, al logro de este ideal, así como, coadyuvar al enriquecimiento de la teoría jurídica. En efecto, realizar la presente investigación se justifica plenamente y reviste especial importancia, ya que como se ha enunciado se busca establecer los criterios para una mayor aplicación de la reserva del fallo condenatorio, conllevando a una línea jurisprudencial con base científica.

## **1.5 RELEVANCIA DE LA INVESTIGACIÓN**

### **1.5.1 IMPLICANCIA TEÓRICA**

El tema que nos ocupa presenta como implicancia teórica: a) desentrañar la ratio essendi de la reserva del fallo condenatorio; b) analizar si el tratamiento que brinda el Código Penal de 1991 es el correcto o adecuado; c) estudiar su eficacia frente a los problemas de sobre – encarcelamiento, eficacia de los mecanismos alternativos a las consecuencias jurídicas del delito en el marco de la prevención especial, y, la poca incidencia de esta figura en el sistema judicial. Sin embargo, nuestros mayores esfuerzos, estarán dirigidos a construir un modelo teórico-aplicativo de la reserva del fallo condenatorio, respetuoso de un sistema científico de Derecho penal.

Todo ello, pretendemos esbozar en la investigación, el cual, responda e interrelaciona los siguientes componentes:

- Ontológico.- Porque atenderemos los contenidos biológico-psicológico, y sociales reflejados en la experiencia humana concreta, relacionados al tema de investigación.
- Praxológico.- Porque analizaremos el tratamiento jurisdiccional, que durante los últimos años se ha desarrollado con relación a la reserva del fallo condenatorio.
- Teorético.- Porque utilizaremos la doctrina, conceptos y taxonomias existentes de la materia que nos ocupa.
- Lógico – Mesológico.- Porque pretendemos eliminar toda contradicción interna a nuestro modelo teórico, confiriéndole consistencia; y de esta forma, alcanzar nuestros objetivos inmediatos u operacionales, así como, los terminales o finales.
- Axiológico.- Porque nuestro modelo teórico pretende ser respetuoso al criterio de justicia material, así como, a los principios de eficiencia, igualdad, libertad y tolerancia, proporcionalidad, entre otros.

- Teleológico.- Porque esta investigación pretende presentar conclusiones que puedan operar con las finalidades tanto de la Política Criminal, así como, de las normas jurídicas, con relación a la última ratio del Derecho penal.

### **1.5.2 IMPLICANCIA PRÁCTICA**

Asimismo, el tema que nos ocupa presenta como implicancia práctica partir de la posición de una persona a la que se le ha declarado su responsabilidad penal, pero, sin pronunciamiento de pena y sujeto a un régimen de prueba. Cómo la prevención especial incide al momento de la determinación y/o aplicación de la sanción penal, tanto para el hechor, la víctima y el aplicador del Derecho, será lo que se pretende analizar, es decir, las cuestiones empíricas que la reserva del fallo condenatorio genera en el sistema judicial. Por tanto, el brindar seguridad jurídica, así como, argumentos lógicos para los operadores jurídicos, son los efectos prácticos que esperamos dotar, incidiendo, por tanto, en la esfera jurisdiccional y social.

### **1.5.3 IMPLICANCIA METODOLÓGICA**

Además, el tema que nos ocupa presenta como implicancia metodológica, responder, por un lado, a un modelo fundado en la epistemología, así como, a tipos de investigación (Vg. Investigación de síntesis – para revisar el material existente y evaluar qué se ha tratado sobre nuestro tema - , investigación operativa – para mejorar la traducción de las hipótesis en operaciones de investigación -, e, investigación epistemológica – que persigue hacer un análisis del lenguaje penal-); y, por el otro lado, al impacto social; es decir, no buscar sólo una investigación dogmática, sino jurídico – social (esto último implica partir de nuestro modelo de sociedad – y no lo existente en otros países – y las responsabilidades que detentamos las personas – según el caso concreto, extraíbles a través de diversas técnicas, como las encuestas y entrevistas).

## **1.6 ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN**

En el Perú, y según los datos obtenidos por las Escuelas de Post – Grado en el Internet, se tiene que, existe un número escaso de investigaciones que giren entorno a la reserva del fallo condenatorio. Así tenemos la Tesis para optar el título de abogado de Eduardo Arsenio Oré Sosa, titulada: “La reserva del fallo condenatorio en el Código Penal de 1991”, sustentado en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en 1995.

Asimismo, tenemos la Tesis para optar el grado de Magíster en Ciencias Penales de María Carrasco Matuda, titulada: “La reserva del fallo condenatorio: Estado actual y diagnóstico de su aplicación jurisprudencial en el Distrito Judicial de Lima entre 1996 – 1997”, sustentado en la Unidad de Post – Grado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, en 1998.

Como la presente investigación también será sustentada en la Unidad de Post – Grado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, y a fin de distinguirse con la investigación realizada por la Mg. Carrasco, es menester afirmar los siguientes presupuestos:

- A. Si bien es cierto, ambas investigaciones giran entorno a la reserva del fallo condenatorio y su aplicación en el Distrito Judicial de Lima, también es cierto que, la tesis de la Mg. Carrasco se circunscribió al período 1996 – 1997, en cambio, la presente investigación se circunscribirá al período 2001 – 2002; teniendo la seguridad que hallaremos peculiares factores que den una nueva lectura del grado de aplicación de esta figura (Ej.: en los últimos años se han dictado seminarios, cursos, forum, así como, se han realizado estudios – aunque en un número menor – sobre la reserva del fallo condenatorio, con la asistencia de Magistrados y Fiscales; por lo que, nos preguntamos si ante la presencia de estos factores, la figura en análisis está siendo aplicado o no mayoritariamente por los aplicadores del Derecho)..
- B. La investigación de la Mg. Carrasco, concluyó que la reserva del fallo condenatorio tuvo un alto porcentaje de aplicación, durante el período 1996 – 1997, pero por debajo de otras figuras como: 1) suspensión de la ejecución de la pena, 2) sentencia absolutoria, y, 3) otras resoluciones y medidas (Ej: prescripción, excepción de naturaleza de acción, etc.), y sólo ha superado, en porcentaje, a la imposición de pena privativa de la libertad efectiva. Sin embargo, la presente investigación, parte por cuestionar la lectura y conclusión de la Mg. Carrasco, puesto que, ante una muestra de 09 Juzgados Penales de reos libres y 01 Sala Penal Superior de reos libres, los casos y, por ende, los porcentajes de aplicación de la reserva del fallo condenatorio durante el período 1996 – 1997 es bajo, en comparación del total de casos que la citada investigadora ha tomado como muestra (en donde el 13.2% en 1996, y, el 11.9% en 1997, son los porcentajes de aplicación de la reserva del fallo condenatorio, observando, por tanto, un descenso). Frente a ello, es objetivo de la Tesis comprobar la continuidad del descenso de la aplicación de esta figura en el Distrito Judicial de Lima, tomando como muestra: 24 Juzgados Penales (como se aprecia, el tamaño de la muestra es mayor a la de la Mg. Carrasco).
- C. La presente investigación también analizará el tratamiento que la reserva del fallo condenatorio ha recibido del Código Penal de 1991, a fin de concluir con la posibilidad de una reforma legislativa con relación a esta figura. Este aspecto, no ha sido tomado en la investigación de la Mg. Carrasco, puesto que, mayoritariamente se ha circunscrito al aspecto práctico de esta medida. Frente a ello, esta investigación pretender analizar las cuestiones problemáticas más importantes de la reserva del fallo condenatorio, tanto en su aspecto teórico, como del práctico.

Frente a estas razones, pretendemos diferenciarnos de la investigación de la Mg. Carrasco, y, por la temática a ser abordada en la presente investigación, justificar el estudio que se pretende realizar con relación a la reserva del fallo condenatorio, sin perjuicio que, en el cuerpo de la Tesis, presentemos nuestro análisis crítico con referencia a los resultados de la investigación de la Mg. Carrasco.

Finalmente, no hemos encontrado otras investigaciones con relación a la reserva del fallo condenatorio, ni en las Facultades de Derecho, ni Unidades de Post – Grado de universidades tales como: De Lima, Inca Gracilaso de la Vega, San Martín de Porres, Villarreal, Privada de Piura, Nacional de Cajamarca, entre otros. Sin embargo, en los tratados y manuales de Derecho penal de autores nacionales se ha encontrado estudios (aunque con una extensión exigua) con relación a este mecanismo; así tenemos:

- A. Bramont – Arias Torres, Luís M.: “Lecciones de la parte general y el Código Penal”, San Marcos, 1997, Págs. 186-187.
- B. Peña Cabrera, Raúl: “Tratado de derecho penal: Estudio programático de la parte general”, 3ra. Edición, Grijley, 1999, Págs. 649 - 654.
- C. Prado Saldarriaga, Víctor: “Todo sobre el Código Penal”, Tomo I. Idemsa, 1996, Págs. 133 - 137. “Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú”, Gaceta Jurídica, 2000, Págs. 202-205.
- D. Villavicencio Terreros, Luís: “Código Penal: antecedentes, fuentes, concordancias, comentarios y jurisprudencia”, 2da. Edición, Grijley, 1997, Págs. 233-241.
- E. Villa Stein, Javier: “Derecho penal parte general”, 2da. Edición, San Marcos, 2002, Págs. 509 – 512.

## **1.7 FORMULACIÓN DE LAS HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN**

### **1.7.1 HIPOTESIS PRINCIPAL**

El quantum de la pena, el pronóstico favorable de la conducta del imputado y la discrecionalidad del Juez son los parámetros condicionantes para la aplicación de la reserva del fallo condenatorio en nuestro país.



### **1.7.2 HIPOTESIS SECUNDARIAS**

- **HIPÓTESIS SECUNDARIA No. 01**

Según el tratamiento de la reserva del fallo condenatorio en nuestro Código Penal presenta como naturaleza jurídica el de fundarse en la prevención especial, en detrimento del principio que todo autor culpable de un delito debe ser castigado.

- **HIPÓTESIS SECUNDARIA No. 02**

En un porcentaje mínimo se ha aplicado la reserva del fallo condenatorio en el Distrito Judicial de Lima, durante el período 2002-2007.

- **HIPÓTESIS SECUNDARIA No. 03**

Los factores que impiden una mayor aplicación de la reserva del fallo condenatorio en el Distrito Judicial de Lima, durante el período 2002-2007 son: el desconocimiento de los objetivos, finalidades y funciones de esta figura, pese a la regulación legal que ésta presenta; y, la presencia de una cultura de encarcelamiento por parte de los aplicadores del Derecho.

## **1.8 VARIABLES DE LAS HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN**

### **VARIABLES INDEPENDIENTES (A)**

- A1.- El quantum de la pena, el pronóstico favorable de la conducta del imputado y la discrecionalidad del Juez
- A2.- El tratamiento de la reserva del fallo condenatorio en nuestro Código Penal
- A3.- Un porcentaje mínimo
- A4.- El desconocimiento de los objetivos, finalidades y funciones de esta figura, pese a la regulación legal que ésta presenta; y, la presencia de una cultura de encarcelamiento por parte de los aplicadores del Derecho

### **VARIABLES DEPENDIENTES (B)**

- B1.- Los parámetros condicionantes para la aplicación de la reserva del fallo condenatorio en nuestro país
- B2.- Su naturaleza jurídica se funda en la prevención especial, en detrimento del principio que todo autor culpable de un delito debe ser castigado

- B3.- Aplicación de la reserva del fallo condenatorio en el Distrito Judicial de Lima, durante el período 2002-2007
- B4.- Impiden una mayor aplicación de la reserva del fallo condenatorio en el Distrito Judicial de Lima, durante el período 2002-2007

## **1.9 DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN**

### **A.- TEMPORAL**

La investigación se desarrollara sobre la base de fallos en los casos en que se ha discutido la presencia de la reserva del fallo condenatorio durante el periodo 2002 -2007.

### **B.- ESPACIAL**

La investigación se circunscribirá al Distrito Judicial de Lima.

### **C.- SOCIAL**

Esta investigación tendrá como objeto de estudio a los operadores procesales : Magistrados, Fiscales, Abogados y ciudadanía en general.

### **D.- FISICA**

Se investigarán los fallos de causas que han girado en torno a la figura de la reserva del fallo condenatorio correspondiente al período indicado en la delimitación temporal.

## **1.10 MÉTODOS Y TÉCNICAS DE LA INVESTIGACIÓN**

### **A.- METODO**

En el presente trabajo se utilizará el método de análisis y síntesis así como el inductivo y deductivo para trabajar la información teórica; asimismo, para el estudio e interpretación de la legislación pertinente se empleará el método dogmático y para desarrollar el trabajo empírico se utilizará el método explicativo y tecnológico.

### **B.- TECNICAS DE RECOLECCION DE INFORMACION**

Se utilizarán las técnicas típicas para este tipo de investigación como son:

- **ENCUESTA**

Dirigida a la muestra, seleccionada en forma aleatoria, observando criterios metodológicos para determinar sus términos, para lo cual, y en forma previa, se instrumentalizará el cuestionario de preguntas.

- **ENTREVISTA**

En la presente investigación se entrevistarán a magistrados del Distrito Judicial de Lima, seleccionados del universo por sus condiciones, entrevistándoles en forma verbal, previo cuestionario de preguntas, teniendo en cuenta las variables de estudio.

- **DOCUMENTAL**

Se realizará en fallos de casos relacionados con la aplicación de la reserva del fallo condenatorio durante el periodo 2002 - 2007.

- **FICHAJE DE INFORMACION DOCTRINARIA**

En la presente investigación emplearemos fichas bibliográficas, a fin de guardar información obtenida de las diversas obras consultadas para luego analizarla, procesarla e interpretarla conforme a criterios metodológicos adecuados.

**C.- TECNICAS DE PROCESAMIENTO DE DATOS**

- Contrastación de la hipótesis en el trabajo operacional
- Diseño de comprobación de hipótesis.

## **1.11 UNIVERSO Y MUESTRA DE LA INVESTIGACIÓN**

Considerando los lineamientos precisados, el universo será el siguiente:

- Jueces Penales de Lima
- Fiscales Penales de Lima
- Abogados

En donde la muestra está conformada por:

- Jueces Penales de Lima: 25
- Fiscales Penales de Lima: 25
- Abogados: 50

## **CAPÍTULO II**

### **LA SITUACIÓN DEL SISTEMA DE PENAS EN EL PERÚ**

#### **2.1 LA PENA UN INSTRUMENTO NECESARIO EN EL DERECHO PENAL**

El principal medio de que dispone el Estado como reacción frente al delito es la pena en el sentido de "restricción de derechos del responsable".<sup>1</sup> El orden jurídico prevé además las denominadas "medidas de seguridad" destinadas a paliar situaciones respecto de las cuales el uso de las penas no resulta plausible. De manera que el sistema de reacciones penales se integra con dos clases de instrumentos; penas y medidas de seguridad.

Desde la antigüedad se discuten acerca del fin de la pena fundamentalmente tres concepciones que en sus más variadas combinaciones continúan hoy caracterizando la discusión, así, para explicar estos remedios incluidos en la legislación penal se ofrecen estas diversas teorías que parten de puntos de vista retributivos o preventivos, puros o mixtos que se encargan de fundamentar de diverso modo y de explicar los presupuestos que condicionan el ejercicio del "ius puniendi" y la finalidad perseguida por el Estado con la incriminación penal.

##### **2.1.1 JUSTIFICACIÓN EXTERNA Y LEGITIMACIÓN INTERNA DEL DERECHO PENAL: TESIS**

El Derecho penal es aquel conjunto de normas jurídicas que une ciertas y determinadas consecuencias jurídicas, en su mayoría reservadas a esta rama del Derecho, a una conducta humana determinada, cual es el delito. La consecuencia jurídica de mayor trascendencia es la pena; en todos los casos, ella afecta exclusivamente al autor de un delito que ha actuado *culpablemente*. Además de la pena, el derecho dispone de las medidas preventivas, sin carácter sancionatorio y condicionadas por la *peligrosidad* del autor, no por su culpabilidad.<sup>2</sup> Sin embargo, ¿cómo se justifica el Derecho penal?, ¿cuál es su legitimación?

De legitimidad y de legitimación del Derecho penal (como en general del derecho positivo o de cada una de sus normas o instituciones) puede hablarse

---

<sup>1</sup> La polémica sobre la pena es complejísima, tanto desde el punto de vista fáctico, fenomenológico y valorativo. Al respecto, véase: MIR PUIG. "DERECHO...", Ob. Cit., Págs. 51 y sgts. BUSTOS RAMÍREZ, Manuel. "MANUAL DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL", 4ta. Edición, Editorial Ariel, Barcelona – España, 1994, Págs. 23 y sgts. CEREZO MIR, José. "CURSO DE DERECHO PENAL ESPAÑOL, PARTE GENERAL", 5ta. Edición, Editorial tecnos, Madrid – España, 1997, Págs. 22 y sgts. ZUGALDÍA ESPINAR, J. María. "FUNDAMENTOS DE DERECHO PENAL", 3ra. Edición, Editorial Tirant lo blanch, Valencia – España, 1993, Págs. 59 y sgts.

<sup>2</sup> Cfr. MAURACH, Reinhart / ZIPF, Heinz. "DERECHO PENAL PARTE GENERAL", Tomo I, traducción de Bofia Genzsch, Editorial Astrea, Buenos Aires – Argentina, 1994, Pág. 04.

en dos sentidos distintos: en el sentido de legitimidad o de legitimación externa, y en el sentido de legitimidad o legitimación interna.<sup>3</sup>

Por legitimación externa o justificación se entiende la legitimación del Derecho penal por referencia a principios normativos externos al derecho positivo, es decir, a criterios de valoración morales o políticos o de utilidad de tipo extra o meta – jurídico. Por legitimación interna se entiende, por el contrario, la legitimación del Derecho penal por referencia a los principios normativos internos al ordenamiento jurídico mismo, esto es, a criterios de valoración jurídicos o si se quiere intra – jurídicos.

El primer tipo de legitimación tiene que ver con las razones externas, y el segundo, con las razones internas. La distinción coincide en lo sustancial con la tradicional entre justicia y validez. Se dirá entonces de un sistema penal, o de uno de sus institutos, o de una concreta aplicación del mismo, que son legítimos desde el punto de vista externo si se los considera *justos*, con arreglo a criterios morales, políticos, racionales, naturales, etc. Se dirá por el contrario de ellos que son legítimos desde el punto de vista interno si se consideran *válidos*; es decir, conformes a las normas de derecho positivo que regulan su producción. Según la historia del pensamiento jurídico – filosófico, la separación entre legitimación externa y la interna, es el resultado de un lento proceso de secularización del Derecho penal que se desarrolló en el Siglo XVII con las teorías iusnaturalistas de Grocio, Hobbes, Pufendorf y Thomasius, y que alcanzó su madurez con los ilustrados franceses e italianos, así como, con las doctrinas iuspositivistas de Jeremy Bentham y de John Austin.

De esta forma, el Derecho penal sólo será legítimo, a través de la tesis siguiente: ***que su legitimidad política sea sólo externa, es decir, fundamentada en valores e intereses individuales o colectivos efectivamente tutelados por el Derecho penal, y que su legitimidad jurídica sea sólo interna, esto es, fundada en la ley de manera hasta donde sea posible, exclusiva (en cuanto a las fuentes) y exhaustiva (en cuanto a los contenidos) según los principios convencionalistas y cognoscitivistas de la legalidad y jurisdiccionalidad.***

### 2.1.2 LA DOCTRINA ABOLICIONISTA DEL DERECHO PENAL: ANTÍTESIS

Frente a lo señalado en el anterior punto, se levantan voces que proclaman la falta de fundamento que permita justificar el Derecho penal, específicamente en el derecho a castigar: ¿Existen y, si las hay, cuáles son las razones que hacen “justo” o “justificado”, o “aceptable moral y/o políticamente” que la violencia ilegal representada por el delito se añada esa segunda violencia legal puesta en práctica con la pena?. En efecto, para las llamadas doctrinas *abolicionistas*,<sup>4</sup> no se reconoce justificación alguna al Derecho penal,

<sup>3</sup> Cfr. FERRAJOLI, Luigi. “DERECHO Y RAZÓN: TEORÍA DEL GARANTISMO PENAL”, traducción de Terradillos Basoco, Editorial Trotta, Madrid – España, 1995, Pág. 213.

<sup>4</sup> Se consideran abolicionistas aquellas doctrinas axiológicas que impugnan como legítimo el Derecho penal, bien porque no admiten moralmente ningún posible fin como justificador de los sufrimientos que ocasiona, bien porque consideran ventajosa la

por lo que debe ser eliminado, bien porque carece de un fundamento ético – político, o bien, porque las ventajas proporcionadas por él son inferiores al coste de la triple constricción que produce: la limitación de acción para los cumplidores, el sometimiento a juicio de todos aquellos de quienes se sospecha que son incumplidores y castigo de cuantos se juzgue que lo son. Las doctrinas abolicionistas más radicales y consecuentes son las que no sólo no justifican las penas, sino ni siquiera las prohibiciones y los juicios penales. Sin embargo, los argumentos son de los más dispares; así van desde aquellos que alegan que el Derecho tenga un fin educativo, creador y formador, hasta aquellos que buscan crear nuevos tipos de civilización.

En suma, la antítesis del punto anterior consiste: ***la privación de la libertad es un alto costo que el Derecho penal impone, no contando con un fundamento que explique el por qué y para qué castigar, debiéndose exigir del Estado que cumpla un rol educador y formador para lograr un nuevo tipo de humanidad.*** No obstante, las doctrinas abolicionistas eluden todas las cuestiones más específicas de la justificación y de la deslegitimación del Derecho penal, menospreciando cualquier enfoque garantista, confundiendo en un rechazo único modelos penales autoritarios y modelos penales liberales, y no ofreciendo por consiguiente contribución alguna a la solución de los difíciles problemas relativos a la limitación y al control del poder punitivo.

### **2.1.3 EL DERECHO PENAL EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO: SÍNTESIS**

Se afirma que la historia del Derecho penal es la historia de su desaparición, y que la desaparición del Derecho penal clásico es cosa de tiempo.<sup>5</sup> Algunos ven aproximarse el momento de que, finalmente, el Derecho penal sea sustituido por otros controles sociales mejores que el viejo y denostado sistema represivo. Sin embargo, en la actualidad, el enlazar el Derecho penal con la teoría del Estado, y la asignación de funciones, conllevan a la conclusión de que se está racionalizando esta rama del Derecho, así como, se le está sometiendo a límites.

En principio, hay que indicar que la fórmula “Estado social y democrático de Derecho” supone no solo la tentativa de someter la actuación del Estado social a los límites formales del Estado de Derecho, sino también su orientación material hacia la democracia real. Se pretende por esta vía acoger una modalidad de Estado social – esto es, que tome partido efectivo en la vida social – al servicio de todos los ciudadanos. En cuanto social y democrático, tal Estado deberá crear condiciones sociales reales que favorezcan la vida del individuo, pero para garantizar el control por el mismo ciudadano de tales condiciones deberá ser, además, un Estado democrático de derecho.

---

abolición de la forma jurídico – penal o la sanción punitiva y su sustitución por medios pedagógicos o instrumentos de control de tipo informal e inmediatamente social.

<sup>5</sup> Cfr. GARCÍA – PABLOS DE MOLINA, Antonio. “DERECHO PENAL. INTRODUCCIÓN”, 2da. Edición, Universidad Complutense de Madrid, Madrid – España, 2000, Pág. 85.

El carácter democrático de ese Estado aparece vinculado, pues, a la síntesis del Estado social y de derecho, y expresa tanto la necesidad de libertad real (oponiéndose a que el Estado social dirija solo su intervención en beneficio de ciertos grupos) como formal (cerrando el paso a la posibilidad de un Estado de derecho no controlado por todo el pueblo) para los ciudadanos.

Esta concepción del Estado influye tanto en la función del Derecho penal, así como, en la estructura de la norma penal; es decir, en estructurar un Derecho penal mínimo – legitimado, cuyas consecuencias jurídicas persigan una finalidad.

La definición de un Derecho penal mínimo como modelo ideal de Derecho penal ha vuelto a traer a la palestra la discusión acerca de los medios para limitar el poder de punir, esta vez con nuevos interrogantes. En esta línea, SILVA SANCHEZ afirma que *"el Derecho penal que debe cumplir el fin de reducción de la violencia social, ha de asumir también, en su configuración moderna, el fin de reducir la propia violencia punitiva del Estado. Esta reducción tiene lugar por dos vías: sobre la base del principio utilitarista de la intervención mínima y sobre la base de los principios garantísticos individuales"*.<sup>6</sup> Con ello, SILVA SANCHEZ convierte en fines de un Derecho penal democrático los tradicionalmente conceptuados como límites al *ius puniendi*.

Puede ser, sin embargo, que esta postura refleje más una necesidad o un deseo que una realidad. En primer lugar porque el contenido concreto y la capacidad punitiva de un Estado no puede predicarse con carácter general para todos los Estados ni para todos los ordenamientos. Sólo el modelo democrático de Estado permite limitar convenientemente el ejercicio de poder que implica el Derecho penal; pues sólo en los sistemas democráticos, fruto del equilibrio de poderes, el poder está limitado fáctica, política y jurídicamente. Del mismo modo que las autolimitaciones del poder no suelen ser efectivas, los límites internos del Derecho penal históricamente tampoco lo han sido en exceso. Precisamente ha sido la pretensión de otorgar al concepto de bien jurídico una función limitadora del *ius puniendi*, una de las razones por las que esta figura ha sufrido graves críticas de legitimación y de utilidad. Tampoco han sido adecuadas a esta necesidad limitadora del *ius puniendi*, las tradicionales teorías acerca de los "fines de la pena", pues, como ya dijimos, el fin - cualquiera que sea- no tiene límites en sí mismo sino que, más bien al contrario, tiende a autosatisfacerse por cualquier medio.

Por ello, la intervención jurídico-penal del Estado en la vida de los ciudadanos no se puede limitar a partir de una determinada orientación teleológica del Derecho penal, por más que en alguna ocasión, una interpretación teleológica de determinada institución pueda favorecer la restricción de la intervención penal, porque, probablemente, existan otras muchas ocasiones en las que tal orientación favorezca precisamente todo lo contrario y justifique la intervención. Por tanto, los límites que se impongan al Derecho penal han de ser ajenos a la función y los supuestos fines del mismo y

---

<sup>6</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. "APROXIMACIÓN AL DERECHO PENAL CONTEMPORÁNEO", Editorial Bosch, Barcelona – España, 1992, Pág. 24.

no deben tener finalidad alguna al margen de limitar el poder punitivo. Pero, para que tales límites sean efectivos han de ser externos al Derecho penal.

Estos límites externos pueden ser fácticos y normativos o jurídicos. Límites fácticos son los que derivan del equilibrio de grupos de poder en un sistema democrático. Límites normativos o jurídicos son los que derivan del propio sistema jurídico, entre los que destaca en primer lugar la Constitución, seguida por principios acogidos como garantistas y limitadores en un sistema jurídico -tengan o no acogida expresa en Primera Norma o reflejo legal- tales como el principio de intervención mínima, de culpabilidad, etc. Ahora bien, los límites derivados de estos principios son más teóricos que prácticos y sólo serán plenamente eficaces si las circunstancias del caso favorecen su aplicación.

Así pues, los peligros -siempre actuales- de utilización abusiva del Derecho penal han de ser conjurados no tanto desde unos abstractos e inalcanzables fines como desde la fijación de unos límites claros, precisos y, a ser posible, externos al propio Derecho penal. Reconocer el carácter imperativo y represor del Derecho penal no significa invitar a sectores radicales y antidemocráticos de una sociedad a imponer "vía pena" su propia ideología o intereses. Por el contrario, es necesario y útil para la sociedad desvelar las funciones reales de la pena y del Derecho penal y presentarlos desnudos de ideologías justificadoras de carácter metafísico; pues sólo de esta forma podrá la sociedad plural y democrática limitar eficazmente la intervención penal.

Las anteriores consideraciones que intentan una explicación sistémica del Derecho penal como factor actuante en un sistema social no sirven, sin embargo, para explicar la "razón legitimadora" del Derecho penal ni de la intervención estatal por medio de la pena. Sin embargo, cualquiera que sea el modelo de sistema penal imperante en un cuerpo social, los súbditos o ciudadanos exigen una justificación que explique -al menos ideológicamente- la intervención por la fuerza en el ámbito de sus libertades. Esta exigencia cobra especial importancia precisamente en los sistemas democráticos, donde todas y cada una de las limitaciones de las libertades -todos los delitos y todas las penas- han de estar justificadas de forma aceptable, al menos, para los grupos mayoritarios.

En la búsqueda de la "razón legitimadora" habría que distinguir, en primer lugar, una "razón de carácter fáctico", como ejercicio de fuerza de quien "puede" -en el sentido de que tiene el "poder" no sólo jurídico sino, sobre todo, real de imponer pautas de conducta y así es reconocido por la sociedad- y, en segundo lugar, la que podríamos denominar como "razón teórica" o razón legitimadora en sentido estricto. Pero la pretensión de validez de esta razón legitimadora hay que circunscribirla a cada intervención concreta, a cada tipo penal.

Esta razón legitimadora deriva o se fundamenta en la "finalidad de mantenimiento del orden" que explica la imposición de una pauta de conducta. Esta finalidad ha sido concretada dogmáticamente a través del expediente del bien jurídico. De esta forma, la cuestión de la legitimación de "cada"



intervención penal se traslada al bien jurídico. En este sentido, teóricamente un Derecho penal o sistema penal estará legitimado cuando todas y cada una de sus intervenciones lo esté. Pero ello no significa que la finalidad del Derecho penal sea la protección de bienes jurídicos, pues, estrictamente, únicamente es la razón que autoriza la intervención penal en cada caso concreto, mientras que la finalidad que persigue el Derecho penal sería el mantenimiento de un orden social determinado.

De lo anterior tampoco puede deducirse que una misma razón legitimadora pueda servir con carácter general para justificar una intervención penal en todos los ordenamientos jurídicos. Sin embargo, pese a los importantes cambios formales y en el análisis y descripción de los elementos del delito, el fundamento filosófico de dicho concepto es tributario de la tradición escolástica cristiana y responde a la trayectoria histórica del pensamiento en Europa, a sus creencias religiosas e ideologías sociales, a su devenir histórico-económico y a sus estructuras sociales.

De esta afirmación pueden extraerse algunas consecuencias de importancia para la comprensión de la actual dogmática penal:

- En primer lugar, cualquier supuesta revisión e innovación en el concepto del delito que pretenda resolver problemas dogmáticos, pasa por una revisión histórica del elemento de que se trate.
- En segundo lugar, si la actual dogmática penal imperante en nuestro país, responde a las estructuras histórico-socio-culturales de Europa occidental, su exportación inalterada a otras realidades (fruto del colonialismo cultural, último reducto de otros tipos de colonialismos históricos a que responde la pretendida "internacionalización de la dogmática penal") será ineficaz y meramente formal. Las instituciones penales -y el ordenamiento jurídico en general- responden a una determinada trayectoria histórico-cultural y cada institución sólo puede entenderse a partir de sus orígenes y en relación con la sociedad que lo ha creado y el sistema al que pertenece. De ahí que la transposición automática de instituciones, fórmulas o modelos de un ordenamiento a otro, en general, no sea posible pues el sistema penal -como sistema de control social- se basa en otros sistemas de control previos a los que ni se puede ni se debe olvidar.
- En tercer lugar, *a sensu contrario*, estas afirmaciones implican que, en aquellos sistemas sociales con idénticos o muy cercanos orígenes ideológicos o culturales que pueden aceptar y adoptar como propios los presupuestos y consecuencias de la Teoría del delito y que, de hecho, la han asumido pueden -cuando las circunstancias económico-políticas lo permitan- iniciar un acercamiento a fin de unificar conceptos y legislaciones. En este sentido podría afirmarse que la dogmática penal no sólo es la heredera del pensamiento de la escolástica, sino que los sistemas penales europeos pueden tender a configurarse como un nuevo

*ius commune*, y en este sentido, parece que en los últimos veinte años se está configurando una única doctrina con aportaciones de los distintos Estados nacionales, sobre todo en lo que a conceptos generales se refiere. A ello se unen necesidades propias de la sociedad actual, donde la delincuencia y la protección de bienes jurídicos frente a conductas sumamente peligrosas exige la coordinación internacional al más alto nivel, incluso, si fuera posible en algunos casos, con una legislación común. Este, sin duda, es el germen y el fundamento del proyecto de Código Penal europeo

En suma, el modelo actual del Derecho penal presenta la síntesis siguiente: ***ampliando los límites garantistas e interviniendo el Derecho punitivo con el ideal resocializador (mediante la reducción de la pena privativa de libertad al mínimo imprescindible, así como, la formulación de alternativas a la pena), las normas penales no estructurarán un Derecho penal del enemigo, sino de la persona, como ser digno, libre y racional.*** Por ende, es menester trabajar con los principios del Derecho penal (garantías para los ciudadanos) y la finalidad de la pena, para entender mejor el Derecho punitivo en el Estado social y democrático de derecho.

## 2.2 FUNDAMENTOS, ESENCIA Y FINES DE LA PENA

La pena se justifica en cuanto instrumento insustituible del control social. Sin embargo, la doctrina penal cuando analiza el problema de la pena y su legitimación suele distinguir: fundamento o justificación, esencia o naturaleza y fines o funciones de la pena, con una terminología no siempre homogénea que se acepta a efectos expositivos.

### 2.2.1 FUNDAMENTO DE LA PENA

Es indiscutible que la justificación de la pena reside en su necesidad. La necesidad de la pena es un dato fáctico que aporta el conocimiento empírico, si bien con ello no se prejuzga el modo de operar la pena, en su esencia o fines. Pero su necesidad es un hecho real.<sup>7</sup> Frente a ello, Jescheck indica que la pena tiene una triple fundamentación: política, sociopsicológico y ético – individual. Desde un punto de vista político – estatal se justifica la pena porque sin ella el orden jurídico dejaría de ser un orden coactivo capaz de reaccionar con eficacia ante las infracciones del mismo. Desde un punto de vista sociopsicológico, porque satisface las ansias de justicia de la comunidad; si el Estado renunciase a la pena, obligando al perjudicado y a la comunidad a aceptar las conductas criminales como si no hubieran tenido lugar, se produciría inevitablemente un retorno a la pena privada y a la autodefensa, propias de etapas históricas ya superadas. Desde un punto de vista ético – individual, la pena se justifica en consideración al propio delincuente, ya que permite a éste, como un ser moral liberarse de su sentimiento de culpa.<sup>8</sup>

<sup>7</sup> Cfr. GARCÍA – PABLOS DE MOLINA. Ob. Cit., Pág. 121.

<sup>8</sup> Cfr. JESCHECK, Hans Henrich, “TRATADO DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL”, Traducción de Rodríguez Manzanares, Editorial Comares, Granada – España, 1993, Pág. 44.

## 2.2.2 ESENCIA DE LA PENA

Conceptualmente la pena es privación o restricción de bienes jurídicos establecida por la ley e impuesta por el órgano jurisdiccional al que ha cometido un delito. Por ende, la pena es un mal de naturaleza retributivo; de aquí se desprende la necesidad de una relación de proporción entre la gravedad del hecho cometido y la gravedad del castigo.

A menudo en nuestro medio se escucha la frase: “más vale prevenir que lamentar” (con la misma frecuencia que es ignorada) ya sea para referirnos a temas relacionados con situaciones que a lo largo de nuestra vida no tocan vivir, como pueden ser las coyunturas de orden económico, financiero, académico, político y situaciones que tiene que ver con la salud. Dicho esto, es paradójico que a pesar de su importancia pocos conozcan lo que significa realmente prevenir, máxime si con ello pueden avizorarse estados que pueden causar daños irreversibles, y la relevancia per se que adquiere en nuestro ordenamiento jurídico y en general en el Derecho, más aún, si *“...es la expresión de los principios de justicia que regulan las relaciones de las personas en sociedad y determinan las facultades y obligaciones que les corresponden, considerando las circunstancias histórico- sociales...”*<sup>9</sup>

Y esto es lo que aparentemente busca argumentar NOLL al precisar que la pena es un mal necesario, pero no necesariamente un mal. Debe infligir, a veces, un mal por razones de prevención general o especial, sin que ello resulte su supuesto carácter represivo.

Sin embargo, ***partiendo de la distinción entre concepto o fundamento y fines de la pena no es contradictorio afirmar que la pena parte de la esencia retributiva, aunque esta cumple con otros fines ajenos a la mera retribución (ejemplo la prevención).*** Por tanto, sería incorrecto dejarnos intimidar con la frase *retribución* para afirmar que la pena tiene una naturaleza retributiva, dado que, responde a la idea de que el delito es el presupuesto para la imposición de una pena.

Desde un punto de vista material, la pena es un mal porque consiste en la privación o restricción de bienes jurídicos del culpable y porque sólo de esta manera puede tener su necesaria eficacia intimidatoria; por lo que, emplear en este apartado el término *prevención*, y así reemplazar la palabra mal, es equivocar los planos de análisis de la pena; esto es, una cosa es su esencia (retributiva) y otros sus fines.

## 2.2.3 FINES DE LA PENA

Bacigalupo acota que la primera cuestión que debe abordar el estudio del Derecho penal es la concerniente a la *función* de las normas que lo integran. Se trata de responder a la pregunta: ¿para qué establece la sociedad organizada en el Estado un conjunto de normas que amenazan con la aplicación de una pena la ejecución de determinadas conductas?. En este

---

<sup>9</sup> Cfr. PACHECO Máximo. “TEORÍA DEL DERECHO”, 4ta edición. Editorial Temis S.A. Bogotá - Colombia 1990, Pág. 73.

sentido, *función del derecho penal y teorías de la pena* tienen una estrecha relación: *toda teoría de la pena es una teoría de la función que debe cumplir el derecho penal*.<sup>10</sup>

Esta afirmación, que iniciaría cualquier comentario, análisis o estudio de la pena, sólo se circunscribe a analizar un aspecto de la teoría de la sanción penal, el concerniente a los fines de la pena; esto es, del significado del acto de castigar tanto para el propio condenado como para la sociedad que castiga. Ya no se estudia la legitimación y esencia de la pena, sino para qué se va a imponer la pena.

Así, tenemos que comentar la concepción que se impone una pena por la realización de la justicia, así como, la concepción que entiende que si se somete a una persona a los efectos negativos de la pena, es por razones de utilidad social. Justicia y utilidad son principios o axiomas que tratan de fundamentar la pena. Por tanto, las *teorías* de la pena no responden a la pregunta ¿qué es la pena?, sino ¿para qué?.

### 2.2.3.1 TEORÍAS ABSOLUTAS O RETRIBUCIONISTAS

Son aquellas que sostienen que la pena halla su justificación en sí misma, sin que pueda ser considerada como un medio para fines ulteriores. "Absoluta" porque en ésta teoría el sentido de la pena es independiente de su efecto social, se "suelta" de él.

Para la retribución, el sentido de la pena estriba en que *"la culpabilidad del autor sea compensada mediante la imposición de un mal penal... la pena, pues, no sirve para nada, sino que lleva su fin en sí misma. Tiene que ser, porque tiene que imperar la justicia"*.<sup>11</sup> Esta teoría sucede a la expiación como fundamento de la legitimidad de la pena, propia de los estados absolutistas que implican una concentración total del poder y un uso ilimitado de él, necesario para el desarrollo posterior del capitalismo.<sup>12</sup>

La concepción liberal del Estado trae consigo, como respuesta al sentido de la pena, la teoría de la retribución como la necesidad de restaurar el orden

---

<sup>10</sup> Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. "PRINCIPIOS DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL", 4ta. Edición, Editorial Akal, Madrid – España, 1997, Pág. 07.

<sup>11</sup> Cfr. ROXIN, Claus. "PROBLEMAS BÁSICOS DEL DERECHO PENAL", Traducción de Diego Manuel Luzón Peña, Editorial Reus, Madrid – España, 1976, Pág. 12.

<sup>12</sup> Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. "*BASES CRÍTICAS DE UN NUEVO DERECHO PENAL*". Editorial Temis, Bogotá – Colombia, 1982, Págs..115-119. Bustos considera al Estado absoluto como un estadio cuyo fin no es otro que la imposición del capitalismo, así la pena "no podía tener sino las mismas características y constituir un medio más para realizar el objetivo capitalista". No se comparte esta posición por dos razones fundamentales: la primera radica en el hecho que el Estado absoluto -como etapa histórica- no pretendió en ningún momento servirse intencionalmente como medio para la llegada del capitalismo, la segunda se funda en que el capitalismo se debe al proyecto moderno (resultado de la confluencia de la reforma protestante, la revolución francesa y la ilustración, que originaron a su vez los tres grandes núcleos organizativos de la modernidad: democracia, capitalismo e industrialismo). Sobre esto último, véase: BRUNNER, José Joaquín. "AMÉRICA LATINA EN LA ENCRUCIJADA DE LA MODERNIDAD". En: *Revista Foro*, N°. 20, Lima – Perú, 1993, Págs. 95-112.

jurídico interrumpido, *"la imposición de un mal por el mal cometido"*.<sup>13</sup> La pena surge, entonces, como una necesidad moral derivada de un "imperativo categórico" como lo es la justicia para Kant, o bien para Hegel como una necesidad lógica: negación del delito y afirmación del derecho.

## **A. TEORÍA DE KANT**

En la concepción de Kant la pena es el resultado que se impone cada vez cuando se comete un delito. Es la retribución que siempre debe accionar, y debe ser equivalente al daño causado por delito *"punitur quia peccatum est"*. En su opinión el castigo no debe ser fundado en razones de utilidad social porque el hombre es *"fin en si misma"* y no un instrumento en beneficio de la sociedad. Entonces la pena debe basarse en el hecho de que el delincuente la merece según las exigencias de la ley penal.

Por eso, la ley penal se presenta como un *"imperativo categorico"*, una exigencia de la Justicia. Ella debe ser ariba de las consideraciones utilitarias como protección de la sociedad o otras. La pena es un fin, y no un medio para conseguir un bien, ni en la situación en que el se consigue para la sociedad porque el hombre no puede ser tratado como un objeto al servicio de ciertos fines.

La teoría de la justa retribución fue desarrollada por Kant, para quien la pena *"debe ser"* aun cuando el estado y la sociedad ya no existan. Esta concepción recibe su característica de *"absoluta"* debido a que ve el sentido de la pena no en la prosecución de alguna finalidad social útil, sino que sostiene que dicho sentido radica en que la culpabilidad del autor sea compensada mediante la imposición de un mal penal, o sea que agota todo el fin de la pena en la retribución misma, explicada por Kant como un imperativo categórico emergente de la idea de justicia. El mal de la pena está justificado por el mal del delito, es concebida como un mal que debe sufrir el delincuente para compensar el mal causado con su comportamiento, pensamiento que reconoce como antecedente la Ley del Talión. Ella niega o aniquila al delito, restableciendo el derecho lesionado, ha de imponerse por el delito aunque resulte innecesaria para el bien de la sociedad, aunque no se logre un efecto intimidatorio ni exista riesgo alguno de reincidencia, debe igualmente aplicarse.

De lo indicado por Kant, es la idea de proporcionalidad entre el delito y la pena la más válida. En efecto, según Kant, una pena que no tuviese en cuenta el daño causado por el delito no sería justa. La conciencia colectiva y la del infractor deben sentir como propia la igualdad que ha de existir entre el daño causado por el delito y la pena merecida.<sup>14</sup> Sin embargo, al final de este punto, se indicará las críticas que se le adscribe a la concepción retributiva, incluida la de Kant y los demás representantes.

---

<sup>13</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco. *"INTRODUCCIÓN AL DERECHO PENAL"* Editorial Bosch, Barcelona – España, 1975, Pág. 34.

<sup>14</sup> Cfr. CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *"EL DERECHO PENAL ESPAÑOL. CURSO DE INICIACIÓN. PARTE GENERAL"*, 2da. Edición, Editorial Civitas, Madrid – España, 1996, Pág. 73.

## **B. TEORÍA DE HEGEL**

Otro representante de la teorías absolutas es Hegel. Él mira la pena como la afirmación del Derecho. El delito es la negación de orden jurídico (tesis) y la pena (antítesis) es la negación del delito. En esta construcción “negación de la negación”, la pena se concibe como reacción, como un instrumento que restablece el orden jurídico sin tener fines utilitarios posteriores.

La pena es la restauración ideal del orden jurídico infringido, de la armonía entre la voluntad general y la particular. Es más, a juicio de Hegel, solo así se trata al delincuente como a un ser racional y libre, sólo así se le honra, dándole no ya algo justo en sí, sino su derecho. La justicia de la pena concreta, sin embargo, no vendrá dada para Hegel por la rigurosa *ley del talión* kantiana, sino por un principio valorativo más flexible, que tenga en cuenta las características de la lesión concreta y las circunstancias de la sociedad civil.

## **C. TEORÍA DE BINDING**

Desde un planteamiento distinto, la postura de Binding conducirá también a una fundamentación absoluta de la pena, pues ella no perseguirá otra cosa que mostrar al delincuente su impotencia ante la ley y someterla a la *fuerza absoluta o victoriosa del Derecho*.<sup>15</sup>

## **D. TEORÍA DE LA EXPIACIÓN**

La teoría de la expiación es una variante de las teorías de la justicia. Por expiación se entiende una actividad anímica del penado, de carácter moral, para *purificarse* interiormente a través del arrepentimiento experimentado con ocasión del castigo, los reparos contra esta teoría son aún más serios.

### **2.2.3.2 TEORÍAS RELATIVAS O PREVENTIVAS**

Las teorías relativas procuran legitimar la pena mediante la obtención de un determinado fin, o la tendencia a obtenerlo. Su criterio legitimante es la utilidad de la pena. Si este fin consiste en la intimidación de la generalidad, es decir, en inhibir los impulsos delictivos de autores potenciales indeterminados, se tratará de una teoría preventivo general de la pena (negativa o positiva). Si, por el contrario, el fin consiste en obrar sobre el autor del delito cometido para que no reitere su hecho, estaremos ante una teoría preventivo especial o individual de la pena (negativa o positiva).

## **A. TEORÍA DE LA PREVENCIÓN GENERAL NEGATIVA**

Tiene origen científico en Feuerbach, concibe a la pena como una amenaza que por medio de las leyes se dirige a toda la colectividad con el fin de limitar al peligro derivado de la delincuencia latente en su seno. Esta

---

<sup>15</sup> Cfr. KAUFMANN, Armin. “TEORÍA DE LAS NORMAS”, Traducción de Bacigalupo, Ediciones Depalma, Buenos Aires – Argentina, 1977, Págs. 246-247.

coacción formulada en abstracto se concretiza en la sentencia, cuando el juez refuerza la prevención general al condenar al autor debido a que por éste acto está anunciando a los demás lo que les ocurrirá si realizan idéntica conducta (por eso, la lógica de éste criterio exige que las penas sean cumplidas, de lo contrario, el fin intimidatorio se ve afectado). Así, en su formulación pura, estas concepciones no se fijan en los efectos que la pena puede surtir sobre el autor mismo, de manera que, "prevención general", significa también evitación de los delitos mediante la producción de efectos sobre la generalidad.

Estas teorías suelen ser identificadas con el aspecto intimidatorio de las penas ya que su justificación estará dada por su fin de evitar la comisión de hechos punibles respecto de sus potenciales autores. La prevención general actúa no sólo con la conminación general de penas, sino que adquiere mayor efectividad con su imposición y ejecución. La conminación penal debe intimidar y la ejecución penal debe confirmar la seriedad de la amenaza.

Según Fouerbach; La ejecución de la pena tiene lugar "para que...la amenaza de la ley sea una verdadera amenaza". Esta teoría parece presentar la ventaja de no tener que recurrir al criterio clásico de la culpabilidad sino al de motivabilidad del autor. Así, el tipo penal consiste en la descripción de la conducta prohibida y su fin es motivar (mediante la amenaza con una pena) para que esa conducta no se realice.

En una versión moderna de esta teoría (propio de la década de los sesenta en Alemania), entendió que, de la misma forma que el Derecho penal había de proteger eficazmente bienes jurídicos necesarios para la convivencia, la pena debía cumplir una función puramente social, esto es, que verdaderamente sirviera para evitar que se realizaran comportamientos lesivos de los bienes jurídicos tal como a partir de ahora entendían, alejándose de toda concepción de la pena que surgiera la idea de castigo o expiación.

No obstante, lo que esta teoría no ha logrado nunca ha sido fundamentar la pena en una teoría general de la sociedad dentro de la cual el Derecho penal sea un instrumento más entre otros. De hecho, es por eso por lo que el Derecho penal ha sido tan vulnerable a la crítica de las ciencias sociales. Y es que si el Derecho penal se conforma con justificar la pena en el axioma, no comprobable por los demás, de que siempre habrá alguien que si se deje motivar por la amenaza de la sanción, difícilmente será rebatible, aunque sea al precio de excluir toda consideración sobre otros mecanismos de control distintos a la pena que quizá proporcionarán que fuesen más, y por mejores cauces, los motivados a no dañar la convivencia que los motivados por la pena.

De esta forma, la pena así entendida instrumentaliza al hombre, lo convierte en medio al servicio de otros fines, en objeto de fines preventivos, porque no se le castiga por lo que ha hecho, sino para que los demás no delincan. Asimismo, esta teoría hace resaltar la ausencia de límites propios y la imposibilidad de trazar criterios que precisen los presupuestos de la intervención penal si se parte de este sólo concepto.

## B. TEORÍA DE LA PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA

La prevención general puede ser entendida de un modo diverso al precedentemente expuesto. Por una parte, puede manifestarse por la vía de la intimidación a los posibles delincuentes (prevención general negativa), y, por la otra, como prevalecimiento o afirmación del derecho a los ojos de la colectividad. Así, se adjudica a la pena ya un fin de conservación del orden, o de conservación del derecho, o para fortalecer la pretensión de validez de las normas jurídicas en la conciencia de la generalidad, o bien reforzar las costumbres sociales y la fidelidad al derecho o como afirmación de la conciencia social de la norma.<sup>16</sup> Al respecto, Jakobs señala que: *“Tarea del Derecho penal es el mantenimiento de la norma, como modelo orientador de las relaciones sociales”*.<sup>17</sup> Kaufmann, precisa que a esta teoría le corresponde tres cometidos: una función informativa, advirtiendo al ciudadano de lo que está prohibido y de lo que se debe hacer; la misión de reforzar y mantener la confianza en la capacidad del ordenamiento jurídico para imponerse y triunfar; y la tarea de fortalecer en la población una actitud de respeto hacia el Derecho.<sup>18</sup>

Para esta teoría, destinatario de la pena no es el infractor potencial, ni el delincuente, sino el ciudadano honesto que cumple las leyes, la opinión pública, cuya confianza en el sistema hay que fortalecer. La protección de bienes jurídicos pasa a un segundo plano, a lo sumo como objetivo mediato.

La pena tiene, en este sentido, la función de ratificar las normas que han sido vulneradas y, de esta manera, reforzar la confianza general en las mismas. Esta confianza, sin embargo, no consiste en la creencia de que nunca más se cometerán hechos semejantes, sino que todas las personas tienen que saber lo que deben esperar en estas situaciones. Con esta formulación del problema se obvian, sin duda, las objeciones que, por lo general, han invalidado otras teorías de la pena, en la medida en que éstas hacían referencia a ciertas consecuencias que requerían una verificación empírica.

Sin embargo, esta teoría ha sido objeto de críticas, porque se considera que niega la ideología de la resocialización (la cual analizaremos más adelante) sin acompañar su crítica de la creación de instrumentos alternativos a los del derecho penal que ataquen los conflictos de la desviación en sus orígenes y que sean compatibles con la reintegración social del autor, de la víctima y del ambiente.

En efecto, a esta teoría se le imputa el de ser un modelo tecnocrático, legitimador y acrítico. El centro de gravedad de la pena pasa de la subjetividad del individuo y del mundo axiológico, de los valores, al sistema y a las expectativas institucionales, eludiendo cualquier reflexión crítica ajena a la

---

<sup>16</sup> Cfr. PÉREZ MANZANO, M. “CULPABILIDAD Y PREVENCIÓN”, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid – España, 1986, Pág. 215.

<sup>17</sup> Cfr. JAKOBS, Gunther. “TRATADO DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL”, Editorial Pons, Madrid – España, 1995, Pág. 09.

<sup>18</sup> Cfr. KAUFMANN, Armin. “POLÍTICA CRIMINAL Y REFORMA PENAL”, Editorial Temis, Bogotá – Colombia, 1982, Pág. 127.



funcionalidad del castigo para el sistema.<sup>19</sup> Se le ha criticado también que esta teoría desvincula la pena con la función protectora de bienes jurídicos, cuando define al delito no como lesión de éstos, sino como expresión simbólica de falta de lealtad al Derecho que cuestiona la confianza institucional en el sistema.

### **C. TEORÍA DE LA PREVENCIÓN ESPECIAL POSITIVO**

Desarrollada por diversas corrientes de pensamiento penal, como la escuela alemana de Liszt, el positivismo criminológico italiano, el correccionalismo y la escuela de la defensa social. Aunque cada una de ellas presente matices, resulta factible enunciar sus principales formulaciones. Es la posición extrema contraria a la teoría de la retribución.

Según éste punto de vista preventivo-especial, el fin de la pena es disuadir al autor de futuros hechos punibles, es decir, evitar las reincidencias (versión moderna de la teoría) y sólo es indispensable aquella pena que se necesite para lograrlo, se procurará readaptar al autor mediante tratamientos de resocialización. Así, la necesidad de prevención especial es la que legitima la pena, según Von Liszt; "sólo la pena necesaria es justa". Se habla de "relativa" porque su finalidad está referida a la "evitación del delito".

La prevención especial no quiere retribuir el hecho pasado, no mira el pasado, sino que ve la justificación de la pena en que debe prevenir nuevos delitos del autor. Esta concepción, influenciada por el determinismo, no admite la libertad de voluntad, niega que la culpabilidad pueda ser fundamento y medida de la pena.

En Italia, la Escuela Positiva ha cabido la imagen promovido en el sistema de Derecho Penal y Criminología porque ha puesto en el centro del atención el delincuente. Su principales representantes Lombroso, Ferri y Garofalo han hecho un estudio completo del delito como un hecho natural y social y han concluido que el delincuente es como un enfermo o inadaptado social, que no tiene libre albedrío. Porque el delincuente no tiene responsabilidad, la pena es ineficaz, razón para que ella debe ser recambiada con las medidas de seguridad.

En Alemania la Escuela Sociológica conducida por Franz von Liszt ha establecido que la finalidad de la pena debe investigarse en función de las distintas categorías de delincuentes y no de manera uniforme para cualquier autor.

Von Liszt se dedicó a clasificar delincuentes considerando que la eficacia de la incriminación exige que ella se adapte a cada sujeto, procurando corregir, intimidar o inocuizar, según la personalidad de cada individuo sobre el que la pena deba cumplir su función preventiva, de modo que para dicho autor la prevención especial actúa de tres maneras:

---

<sup>19</sup> Cfr. BARATTA, Anselmo. "INTEGRACIÓN – PREVENCIÓN, UNA NUEVA FUNDAMENTACIÓN DE LA PENA DENTRO DE LA TEORÍA SISTÉMICA". En: *Cuadernos de Política Criminal*, N° 24, Madrid – España, 1984, Págs. 534 y sgts.

- Corrigiendo al corregible: resocialización
- Intimidando al intimidable
- Haciendo inofensivos a quienes no son corregibles ni intimidables.

La necesidad de la pena es la que fundamenta en esta teoría de la imposición.

Pese a que existen razones para considerarlo concepción dominante, éste punto de vista también es vulnerable. El ideal de corrección explica el fin que persigue la pena pero no contiene ninguna justificación del "ius puniendi". No sirve para fundamentar la conminación de penas, sino en todo caso, para fundamentar la aplicación y ejecución de penas. No posibilitan una delimitación del ius puniendi en cuanto a su contenido. Pueden crear el riesgo de fundamentar el Derecho Penal contra los inadaptados –enemigos políticos- o los asociales –mendigos, vagabundos, prostitutas, etc.

Resulta válido cuestionar el derecho del Estado a someter a tratamiento contra su voluntad a una persona, especialmente si es adulta, porque puede traducirse en una manipulación de la personalidad para obligarla a dejar de ser lo que quiere. La imposición coactiva de un proceso de resocialización entra en contradicción con la idea de un estado de derecho que exige pluralismo. Así, el fin de resocialización será de tan poca precisión que podría ampliar incontroladamente el poder del Estado en el campo del Derecho Penal. Incluso debería perseguirse un tratamiento hasta que se dé la definitiva corrección, aún a riesgo de que la duración sea indefinida.

En la mayoría de los casos, nuestros conocimientos empíricos no bastan para delimitar la necesidad de la pena, lo que resulta extensivo a lo relativo a naturaleza y quantum de la pena. En aquellos supuestos en que resulte posible determinar la falta de necesidad de prevención especial la única conclusión viable sería la impunidad, o sea:

- Delincuentes primarios y ocasionales: Porque no manifiestan peligro de volver a delinquir.
- Delitos graves: en ciertos casos no hay peligro de repetición
- Delitos cometidos en situaciones excepcionales: porque casi con seguridad no se volverán a repetir.
- Delincuentes habituales: a veces no hay posibilidad de resociabilizarlos.
- Delincuentes por convicción: se dificulta la resocialización debido a que para que la misma resulte viable es indispensable la colaboración del delincuente y no cabe su imposición coactiva, no podría aplicársele por la fuerza.

En el ámbito de individualización de la pena, surgen nuevas objeciones por la imposibilidad de predecir los efectos del tratamiento (si la pena se prolonga hasta que el tratamiento tenga éxito, el condenado queda a merced de la intervención estatal).

El Estado o la sociedad no tienen derecho alguno que les permita readaptar a según las reglas socialmente impuestas, en forma coactiva, al

autor de un delito determinado. No se puede, además, agotar el sentido de la pena en la readaptación social del condenado y el propósito de evitar la reincidencia. La razón por la cual la teoría de la prevención especial quedó detenida en su evolución, no logrando superar las críticas apuntadas, se relacionan con su prematuro abandono de los conocimientos de las ciencias sociales y de la investigación empírica para construir las categorías de autor que debían servir de base al sistema.

#### **D. TEORÍA DE LA PREVENCIÓN ESPECIAL NEGATIVA**

El término *inocuización* del delincuente viene de la teoría de Von Liszt<sup>20</sup> indicada en el anterior acápite. Su innegable vinculación al positivismo criminológico y su práctico abandono en la teoría de los fines del Derecho penal del último medio siglo hace que no se encuentren apenas referencias al mismo. Ello, con independencia de la existencia, en mayor o menor medida, de instituciones como, por ejemplo, la *custodia de seguridad* alemana, orientadas básica, aunque no exclusivamente a la inocuización de delincuentes habituales.

La premisa mayor de la teoría de la inocuización es que resulta posible individualizar a un número relativamente pequeño de delincuentes, respecto de los cuales cabe determinar que han sido responsables de la mayor parte de hechos delictivos y predecir que lo seguirán siendo. De modo que la inocuización de los mismos (esto es, su retención en prisión el máximo tiempo posible) conseguiría una radical reducción del número de hechos delictivos y, con ello, importantes beneficios al menor coste.

Los métodos predictivos basados en el análisis psicológico individual de responsabilidad o peligrosidad han sido sustituidos por otros de naturaleza actuarial, de modo que el delito pasa a ser abordado con las mismas técnicas probabilísticas y cuantitativas que, en el ámbito de los seguros, por ejemplo, se utilizan para la gestión de riesgos. Ello supone recurrir al método estadístico, tomando como base determinados indicadores, cuya cuantificación es el punto de partida para emitir pronósticos de peligrosidad sobre grupos o clases de sujetos, sin necesidad de entrar en estudios de la psicología del individuo concreto.

Sin embargo, la búsqueda de criterios valorativos de distribución razonable de la carga de la inseguridad habría de ser el criterio de la reforma penal. Una reforma que descartaría cualquier concepto radical de la inocuización, como distribución desequilibrada de cargas en perjuicio del penado. Pues una sociedad que quiere mantenerse en un Derecho penal respetuoso con la individualidad y los derechos fundamentales de la persona, también del delincuente, una sociedad que, por tanto quiere conceder a todo autor la posibilidad de la resocialización, debe también estar dispuesta necesariamente a soportar un riesgo para la seguridad de la colectividad. En

---

<sup>20</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. "EL RETORNO DE LA INOCUIZACIÓN. EL CASO DE LAS REACCIONES JURÍDICO PENALES FRENTE A LOS DELINCUENTES SEXUALES VIOLENTOS": En: *Estudios de Derecho Penal*, Editorial Grijley, Lima – Perú, 2000, Pág. 233.

suma, cumplida la condena ajustada a la culpabilidad, la sociedad deba asumir siempre todo el riesgo de un delito futuro cometido por el sujeto imputable.

### **2.2.3.3 TEORÍAS MIXTAS O DE LA UNIÓN**

La polémica entre teorías absolutas y relativas de la pena evidencia que existe más de un fin de la pena ya que ninguna de las mencionadas concepciones agota el fundamento para su explicación. De allí se derivan teorías de la unión que procuran articular una síntesis entre las doctrinas en pugna. Parten del supuesto realista de que no es posible adoptar una fundamentación desde las formas puras precedentemente señaladas porque ellas ofrecen varios flancos a la crítica. Surgen así teorías pluridimensionales de la pena que suponen una combinación de fines preventivos y retributivos e intentan configurar un sistema que recoja los efectos más positivos de cada una de las concepciones puras hasta aquí analizadas.

Los intentos para presentar una fundamentación coherente de la pena, que contemple al mismo tiempo las teorías absolutas y las relativas, son variados. Además, éstas "teorías de la unión" son dominantes en el Derecho penal contemporáneo. Algunos autores señalan que su existencia pone en evidencia una crisis cuya manifestación más evidente es la ausencia de respuestas doctrinarias y legislativas armónicas para justificar el "ius puniendi" estatal, "con todas las consecuencias de inseguridad que de allí se derivan".

Comúnmente las teorías mixtas le asignan al Derecho Penal la función de protección a la sociedad, sin embargo, tal función no reviste iguales características en todas las teorías. Pueden reconocerse dos grupos de fundamentaciones:

Aquellas que postulan que la protección de la sociedad ha de basarse en la retribución justa y que los fines de la prevención sólo juegan un papel complementario dentro del marco de la retribución. Y las que sostienen que fundamento de la pena es la defensa de la sociedad, y a la retribución corresponde únicamente la función de límite máximo de las exigencias de la prevención, impidiendo que conduzcan a una pena superior a la merecida por el hecho cometido.

En ambos casos, la protección de la sociedad es entendida en el sentido de protección de bienes jurídicos y las conminaciones penales se justifican sólo, y siempre, por la necesidad de protección de bienes jurídicos.

#### **A. LA CULPABILIDAD COMO FUNDAMENTO DE LA PENA**

La dirección conservadora, que encuentra (en Alemania) encaje en el Proyecto Oficial de 1962, ve en la retribución el *fundamento* de la pena. La pena tiene sentido en cuanto retribución de la culpabilidad del autor y reafirmación del orden jurídico, sin perjuicio de que *además* pueda cumplir determinados fines de política criminal, como el de prevención de futuros delitos, mediante la intimidación individual, la general y (de forma más duradera) mediante la recuperación del delincuente.

La función que se asigna al Derecho penal tiene su fundamento en la proporcionalidad de la pena con el delito. No se busca la realización de la justicia en la tierra, sino proteger la sociedad.

## **B. LA CULPABILIDAD COMO LÍMITE DE LA PENA**

La dirección progresista, en la doctrina alemana, se refleja en el Proyecto Alternativo de 1966, que fundamenta la pena en la necesaria defensa de la sociedad, en la protección de bienes jurídicos, operando la retribución y la culpabilidad como mero *límite* de las metas de prevención. La pena es una amarga necesidad en una comunidad de seres imperfectos como son los hombres, y no un proceso metafísico para realizar la justicia sobre la tierra.

Dicho más brevemente para la dirección conservadora, la culpabilidad es *fundamento* de la pena, mientras para la progresista es mero *límite*. Para la primera, la función del Derecho penal es retribución – preventiva; para los segundos, esencialmente preventiva, protectora de bienes jurídicos.<sup>21</sup>

## **C. TEORÍA DIFERENCIADORA DE SCHMIDHAUSER**

Para el autor, las teorías monistas y las de la unión no contemplan con la necesaria sobriedad y objetividad el *fenómeno* de la pena estatal en el presente, óptica de la que hay que partir, sino que ponen el acento exclusivamente en aspecto parciales del mismo, absolutizándolos.

A juicio del autor, la pena sirve al fin de la lucha contra el delito y, con arreglo a la experiencia, es obvio que se trata de un medio adecuado para tal fin el de hacer posible la convivencia manteniendo la comisión de crímenes dentro de unos límites tolerables para aquella. Dicho de otro modo, se castiga por razones de *prevención general* y ésta es la función que desempeña la pena como fenómeno social.

Schmidhauser ve, también, un particular sentido a la pena según las personas o instituciones que intervienen en su administración: el legislador, los órganos encargados de la persecución del delito, el juez penal, los funcionarios que tienen a su cargo la ejecución de la pena, el propio penado y la sociedad. Al legislador le preocuparía la *justicia*, pero más aún que la idea o valor de justicia, le preocuparía el bien de la sociedad. Para los órganos encargados de la persecución del delito, la pena tiene otro sentido: el de esclarecer los hechos y poner a sus autores a disposición de los tribunales, guiados por el principio de igualdad, sin perjuicio de contribuir al mantenimiento de la paz jurídica. Para el Juez penal se trata de hacer justicia a través de una correcta valoración de los hechos, jugando un papel, también, importante las exigencias de prevención especial, y no las de prevención general. Los funcionarios encargados de la ejecución, por su parte, ven en la pena hoy como el modo de conducir al penado por el camino más adecuado a fin de que pueda serle

---

<sup>21</sup> Cfr. MIR PUIG, Santiago. “INTRODUCCIÓN A LAS BASES DE DERECHO PENAL”, 2da. Edición, Editorial B de F, Montevideo – Uruguay, 2002, Pág. 73.

provechosa su estancia en la prisión y de facilitar su posterior incorporación a la sociedad como miembro útil.

Resumiendo, para Schmidhauser, en el momento de la conminación legal abstracta predomina la idea de prevención general; en el judicial, la de justicia; en el de ejecución de la pena, la tutela del delincuente y la prevención especial.<sup>22</sup>

#### **D. TEORÍA DIALÉCTICA DE ROXIN**

Como ya se ha visto, ninguna de las teorías tradicionales resiste la crítica, debido a esto se ha intentado resolver el interrogante del sentido y límites de la pena acudiendo a una teoría ecléctica denominada teoría mixta o unificadora. Dicha teoría parte de la idea de retribución como base, a la que añaden el cumplimiento de fines preventivos, tanto generales como especiales. Estas teorías mixta o unificadoras, resultan en un eclecticismo "que, queriendo contentar a todos, no satisface totalmente a nadie", ya que la mera adición o yuxtaposición de teorías no responde a la inquietud propuesta, sino por el contrario multiplican a tres los efectos sometidos a crítica.

Claus Roxin intenta responder la pregunta anotada al inicio del trabajo con su teoría unificadora dialéctica, sin caer en eclecticismos paradójicos. De esta manera, escribe lo siguiente: *"El derecho penal se enfrenta al individuo de tres maneras: amenazando, imponiendo y ejecutando penas; y que esas tres esferas de actividad estatal necesitan de justificación cada una por separado"*.<sup>23</sup>

Por su parte, Muñoz Conde nos describe la teoría en sus tres fases, la primera radica *"en el momento de la amenaza penal, es decir, cuando el legislador prohíbe una conducta amenazándola con una pena, es decisiva la idea de prevención general... pero si, a pesar de esta amenaza se llega a cometer el hecho prohibido, entonces a su autor debe aplicársele la pena prevista para ese hecho, predominando en la aplicación de la pena la idea retributiva. Finalmente, durante la ejecución de la pena impuesta, prevalece, sobre todo si se trata de una pena privativa de la libertad, la idea de prevención especial"*,<sup>24</sup> y los peligros propios de cada teoría sólo podrán ser superados con la integración armónica, progresiva y racional de los tres estadios del *ius puniendi* descritos por el Derecho Penal. Analícese, entonces, dichas instancias:

1. Las conminaciones de pena: El Estado debe asegurar a los residentes de su territorio las condiciones de una existencia que satisfaga sus necesidades vitales, lo que se logrará con la protección de los bienes jurídicos y el aseguramiento del cumplimiento de las prestaciones públicas primarias. De esta forma encontramos dos consecuencias importantes: el derecho penal es de naturaleza subsidiaria, "los recursos penales, por

<sup>22</sup> Cfr. MIR PUIG, Santiago. "INTRODUCCIÓN...", Ob. Cit., Pág. 76. GARCÍA PABLOS DE MOLINA. Ob. Cit., Pág. 173.

<sup>23</sup> Cfr. ROXIN, Claus. Ob. Cit., Págs. 17-19.

<sup>24</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco. "INTRODUCCIÓN...", Ob. Cit., Pág. 35.

ser los más drásticos, tienen que ser los últimos"; y la segunda radica en que el legislador no puede castigar conducta no lesivas ni perjudiciales de bienes jurídicos, sin importar de que dichos actos sean moralmente reprochables.

2. Imposición y medición de la pena: *"Lo que se pone a discusión no es la adecuación del fin, sino la conformidad a Derecho del medio"*. La pena, al momento de imponerse o graduarse, no debe considerarse como la efectividad de la amenaza legal, con lo que se excluye la finalidad de la prevención general en este estadio. El castigo debe ser conforme a Derecho, es decir, al momento de imponerse la pena lo que se busca es la inviolabilidad del ordenamiento jurídico, que se plasma con la conocida frase de Hegel: *"La pena es la negación de la negación del derecho"*. En pocas palabras la pena se justifica en su imposición por la salvaguardia del orden jurídico en la conciencia de la colectividad, lo que no es más que lo ya dicho por la teoría de la retribución: la imposición de un mal por el mal cometido.
3. La ejecución de la pena sólo puede estar justificada *"si persigue esta meta en la medida en que ello es posible, es decir, si tiene como contenido la reincorporación del delincuente a la comunidad. Así, pues, sólo está indicada una ejecución resocializadora"*.<sup>25</sup>

#### 2.2.3.4 TOMA DE POSTURA

Contra las teorías absolutas se argumenta básicamente que: a) carecen de un fundamento empírico y son, por lo tanto, irracionales; b) que la supresión del mal causado por el delito mediante la aplicación de una pena es puramente ficticia porque, en realidad, el mal de la pena se suma al mal del delito; c) para que el fundamento de la pena pudiera residir únicamente en el delito cometido haría falta tener la certeza de que cuando el hombre actuó fue plena y absolutamente libre, principio indeterminista hoy por hoy no demostrable científicamente; d) lejos de delimitar los presupuestos del ius puniendi, confieren un auténtico cheque en blanco al legislador; e) es criticable el propio mecanismo compensatorio que constituye la esencia de las mismas: la restauración del orden jurídico alterado a través de la imposición del castigo, porque tal mecanismo compensatorio tiene mucho de metafórico e irracional; f) las teorías absolutas no demuestran que la supervivencia del orden social dependa de la imposición de una pena a ciertos comportamientos, sino que presuponen dicha necesidad, y tiñen de moralidad y buena conciencia la cotidiana administración de justicia, olvidando que si los seres humanos castigamos a otros seres humanos es sólo por razones de estricta necesidad; g) en cuanto a las llamadas teorías de la justicia, el Estado no persigue a través del Derecho la realización de ideales absolutos de la justicia en la tierra, sino

---

<sup>25</sup> Cfr. ROXIN, Claus. Ob. Cit., Pág. 31.

tan sólo hacer posible la convivencia de los hombres; h) la teoría de la expiación es un resultado moral impropio del Derecho, que persigue fines menos sublimes e incompatible con el sentido total del fenómeno que denominamos pena.

A favor de las teorías absolutas se sostiene: a) presentan un sentido limitador de la gravedad de la pena aplicable; b) se basan en el principio de proporcionalidad, sin este principio no puede decirse que se haya comprendido el significado de la punición; c) acogen el principio de culpabilidad, ya que para retribuir por algo hace falta comprobar previamente que la retribución se ha merecido; d) políticamente, su significación liberal, ya que las exigencias de una pena proporcionada a la gravedad del hecho y a la culpabilidad del autor, de un mal adecuado al mal del delito, significan una garantía para el ciudadano ante los posibles abusos del Estado.

En cuanto que la culpabilidad no fundamenta ya la pena, entendida retributivamente, nada se opone a la idea defendida por Roxin, para quien la pena establecida legalmente es límite máximo que no se puede sobrepasar, pero no límite mínimo; por lo que se puede dejar de imponer la pena si su aplicación no es necesaria por razones de prevención general (defensa del ordenamiento jurídico) o de prevención especial (resocialización del delincuente).

Por otro lado, descartada una pena establecida o determinada sólo por criterios de prevención general, prescindiendo de la culpabilidad y de la prevención especial, nada se opone a que sean razones de prevención general las que, excepcionalmente, prevalezcan frente a la prevención especial, dentro de lo merecido por la culpabilidad. Aunque en tales casos se antepondría la prevención general a la prevención especial, el hecho de que no se sobrepase de la prevención general armonizable con lo proporcional a la gravedad del delito (lo único que se hace es recortar excepcionalmente algún aspecto de la prevención especial), no cabe afirmar que se produzca una extralimitación de la prevención general, si bien, en este aspecto, se reconoce, en cierta medida, parte de la tesis de los defensores de la prevención general negativa, para quienes el límite de la prevención especial es la prevención general que puede oponerse a que la culpabilidad sea límite mínimo que se puede dejar de aplicar.

Por la misma razón, se explica que la prohibición de excluir la pena por innecesaria para la prevención especial fuera de los casos previstos en la ley no desvirtúa la postura de Roxin, ya que tampoco la prevención especial juega en Derecho penal al margen de la pena establecida en los momentos legislativo y judicial.

Así pues, ***nada se opone a que el legislador introduzca cada vez más elementos que supongan un tratamiento individualizador de la pena que sirva a una auténtica resocialización, porque la pena (al igual que los bienes jurídicos a proteger penalmente) está al servicio del individuo (no al revés) y porque la defensa de la sociedad con que a veces se ha argumentado para justificar las instituciones penales no es necesaria cuando es esa misma sociedad la que, a través de un proceso de***



***individualización, acude a otros cauces más racionales de solución de sus conflictos.***

## **2.3 PRINCIPIOS QUE SUSTENTAN LA IMPOSICIÓN DE UNA SANCIÓN PENAL**

### **2.3.1 PRINCIPIOS QUE SUSTENTAN LA CRIMINALIZACIÓN DE CONDUCTAS**

¿Sobre qué pilares el legislador cuenta para considerar una determinada conducta humana como delictivo?. Naturalmente, no podemos deducir de la definición formal de delito, que considera delictivo todo comportamiento prohibido por la ley penal, sino que habrá que buscarla con criterios valorativos externos a la ley misma. Estos criterios están dados por los principios de lesividad, materialidad y el de responsabilidad personal, que respectivamente, definen los tres elementos constitutivos del delito: el resultado, la acción y la culpabilidad. A continuación, comentaremos cada uno de estos principios.

#### **2.3.1.1 PRINCIPIO DE NECESIDAD Y LESIVIDAD: LA PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS**

El Derecho Penal liberal se basa en la protección de bienes jurídicos,<sup>26</sup> por lo que, se acepta la vigencia del principio "*nullum crimen sine injuria*" (todo delito debe comportar un daño u ofensa o lesión o puesta en peligro de un bien jurídico penalmente protegido). Sin embargo, el concepto material del bien jurídico-penal es objeto de debate en el seno de la doctrina;<sup>27</sup> no obstante, si es

---

<sup>26</sup> Históricamente se ha ubicado la teoría del bien jurídico como producto del temprano liberalismo del Siglo XIX; cuando en 1834 Birbaum rebate la posición de Feuerbach (quien junto a Kleinschrod y mucho más tarde Loening, y en base al iluminismo y del racionalismo, apegada al contrato social, indicaba que el delito es la lesión de un derecho subjetivo), al considerar al delito como lesión de un bien (consideraba a los bienes jurídicos como objetos materiales que el Estado protege, los cuales, corresponden a particulares como a la colectividad), se empezó a hablar que la misión del Derecho Penal es, fundamentalmente, la protección de bienes jurídicos.

<sup>27</sup> Ello radica en los innumerables conceptos y tendencias que han surgido en torno al bien jurídico, el cual ha transcurrido por etapas (según Hormazabal de una determinada concepción del poder político). Así una primera etapa desde BIRBAUM hasta HONIG: BIRBAUM (el bien jurídico son objetos materiales que el Estado protege), Binding (el bien jurídico es una creación del Derecho, el cual elige los objetos, que en opinión del legislador, merece protección), Liszt (los bienes jurídicos son intereses vitales del individuo o la sociedad, lo cual, la protección del Derecho lo eleva a bien jurídico), HONIG (el bien jurídico consiste en una "fórmula sintética" en la que el legislador ha reconocido al fin que persigue cada una de las prescripciones penales, asimismo, es una "síntesis categorial" con la cual el pensamiento jurídico trata de captar el sentido y el fin de las prescripciones penales particulares). Una segunda etapa, la cual consiste en el alejamiento del Derecho Penal como protector de bienes jurídicos, así tenemos la Escuela de kiel (Dahm y Schaffstein), la cual, proclamó la pretensión de garantía del "deber jurídico y la convicción". Finalmente, una tercera etapa, la cual presenta, como nota característica, la diversidad de conceptos sobre el bien jurídico (fundamento constitucionalista, sociológico, personalista, político-criminal liberal), así como, su papel como límite al *ius puniendi* y entre otras funciones, además, de aquellas concepciones que reconfigura la misión del Derecho Penal; en la primera línea están las definiciones de Mayer, Weber, Welzel, Roxin, Sax, Rudolphi, Hassemer, Marx, Bricola, Angioni, Musco, Pulitano, Fiandaca, Hormazabal Malaree, Muñoz Conde, Mir Puig, Octavio Toledo,

unísono considerar las funciones que éste cumple, también, lo debería ser, establecer su concepto material; al respecto Caro Coria comenta lo siguiente: *“... determinar el concepto material del bien jurídico-penal es doblemente importante de cara a su función crítica: como descripción y cuestionamiento del derecho vigente (sentido dogmático, de lege lata), pero también como guía para la construcción del modelo penal que se desea alcanzar (sentido político-criminal de lege ferenda)...”*.<sup>28</sup>

Frente a este panorama, y sin entrar al terreno de la polémica, señalo que, el bien jurídico - penal es un valor normativo, el cual, está condicionado por la utilidad al individuo y los parámetros constitucionales; no obstante, por la presencia del individuo, está sujeta a las condiciones históricas, socioeconómicas y culturales, las cuales, constantemente cambian.<sup>29</sup> De la citada afirmación, cito a Roxín quien afirma lo siguiente: *“Los bienes jurídicos son circunstancias o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema... La concepción del bien jurídico descrita es ciertamente de tipo normativo; pero no es estática, sino que dentro del marco de las finalidades constitucionales está abierta al cambio social y a los progresos del conocimiento científico”*.<sup>30</sup>

El bien jurídico tiene como finalidad limitar la función punitiva del Estado, es decir, el Derecho Penal interviene cuando media una dañosidad social (con referencia al individuo y en los parámetros constitucionales) y, teniendo en cuenta, por un lado, la fragmentariedad y subsidiaridad de esta rama jurídica, y por el otro lado, el merecimiento y la necesidad de pena. Frente a estos lineamientos el legislador apreciará si tipifica o no la conducta (si lo realiza, es porque la conducta ha afectado, ya no un bien jurídico sino, un bien jurídico-penal). Por fragmentario se entiende que el Derecho Penal no interviene contra toda conducta que vulnere bienes jurídicos, sino se limita a castigar las conductas más graves contra los bienes jurídicos más importantes. Por subsidiario se entiende que el Derecho Penal intervendrá no sólo por la aparición de conductas socialmente dañosas, sino, porque no existen o han

---

Gómez Benítez, Escrivá Gregorí, Gonzáles Rus, entre otros; en la segunda línea están los planteamientos de Jakobs (la misión del Derecho Penal es la vigencia efectiva de la norma) y Amelung (indica que, quien toma como punto de orientación el principio de protección de bienes jurídicos no puede legitimar las normas por sí mismas, ni la imposición de penas por su puro y simple quebrantamiento, sino que tiene, por el contrario demostrar, las consecuencias indeseadas que están detrás del “quebrantamiento de la norma”).

<sup>28</sup> Cfr. CARO CORIA, Dino Carlos. “SOBRE LA MODERNA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO-PENAL EN ESPAÑA Y EL RECHAZO DEL FUNCIONALISMO SISTÉMICO DE JAKOBS”. En: *Rev. Themis*, Lima – Perú, 1997, No. 35 Pág. 139. El citado autor peruano define al bien jurídico-penal como expresión del merecimiento y necesidad de pena.

<sup>29</sup> Estos factores permiten precisar la mutabilidad del bien jurídico, la cual, permite la tipificación de determinadas conductas y despenalización de otras, según un determinado contexto históricas, sociales, económicas y culturales (valoración jurídico penal que puede cambiar, si varía dicho contexto). Por ejemplo, en el Perú, en el Código Penal derogado de 1924 se penaba el delito de riña, duelo, adulterio y la piratería, los cuales, en el Código Penal vigente de 1991 han sido destipificados.

<sup>30</sup> Cfr. ROXIN, Claus. “DERECHO PENAL PARTE GENERAL: FUNDAMENTOS. LA ESTRUCTURA DE LA TEORÍA DEL DELITO”. Tomo I, Editorial Civitas, Madrid-España, 1997, Págs. 56-58.

fracasado o resultan insuficientes otros medios para hacerles frente (es lo que permite denominar al Derecho Penal como la última *ratio legis*). Asimismo, el merecimiento y la necesidad de pena serán analizadas más adelante. Finalmente, el bien jurídico penal puede ser individual y supraindividual o colectivo, no obstante, éste último debe tener referencia al desarrollo personal del individuo o el interés humano; al respecto, Caro Coria comenta lo siguiente: *“Los bienes jurídicos colectivos tienen autonomía frente a los individuales y su titularidad pertenece a toda la ciudadanía por igual. Estos son complementarios de los bienes individuales en la medida que constituyen condiciones esenciales para su adecuado funcionamiento... La tutela de dichos bienes debe operar en relación a su propio contenido, sin necesidad de referencias implícitas o explícitas a los bienes individuales, y recurriendo sólo a tipos de lesión o de peligro concreto.”*<sup>31</sup>

Frente a este andamiaje conceptual, se puede afirmar que el Derecho penal, al tener como objetivo la tutela de los ciudadanos y de minimizar la violencia, las únicas prohibiciones penales justificadas por su absoluta necesidad son, a su vez, las prohibiciones mínimas necesarias; esto es, las establecidas para impedir comportamientos lesivos que, añadidos a la reacción informal que comportan, supondría una mayor violencia y una más grave lesión de derechos que las generadas institucionalmente por el Derecho penal.

La absoluta necesidad de las leyes penales resulta condicionada por la lesividad para terceros de los hechos prohibidos según el principio *nulla necesitas sine iniuria*. Se trata de un principio que surge ya en Aristóteles y Epicuro, quienes ven en el daño causado a un tercero, las razones, los criterios y la medida de las prohibiciones y de las penas. ***Sólo así las prohibiciones , al igual que las penas, pueden ser configuradas como instrumentos de minimización de la violencia y de tutela de los más débiles contra los ataques arbitrarios de los más fuertes en el marco de una concepción más general del Derecho penal como instrumentos de protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos.***

### 2.3.1.2 PRINCIPIO DE MATERIALIDAD DE LA ACCIÓN

Este principio deriva del *nulla iniuria sine actione*. Conforme a este principio, ningún daño, por grave que sea, puede estimarse penalmente relevante sino como efecto de una acción. En consecuencia, los delitos, como presupuestos de la pena, no pueden consistir en actitudes o estados de ánimo interiores, y ni siquiera genéricamente en hechos, sino que deben concretarse en acciones humanas (materiales, físicas o externas, es decir, empíricamente observables) describibles exactamente, en cuanto tales, por la ley penal.

---

<sup>31</sup> Cfr. CARO CORIA, Dino Carlos. “SOCIEDADES DE RIESGO Y BIENES JURÍDICOS COLECTIVOS”. En: *Rev. Themis*, Lima – Perú, 1998, No. 37 Pág. 206. Sin embargo, en la doctrina alemana y española existe una polémica sobre la validez y punición de los bienes jurídicos colectivos, apareciendo diversas teorías como la personalista (Hassemer), monista y dualista; no obstante, opino que el bien jurídico debe girar en torno al individuo, empero, las notas características del injusto penal reprochable como de sus consecuencias jurídicas pueden separarse de un pensamiento antropocéntrico y pensar, por ejemplo, en la responsabilidad penal de las personas jurídicas (en contra de este giro de pensamiento: la Escuela de Frankfurt).

La necesidad de un comportamiento humano parece tan elemental en nuestro momento histórico, al menos en los delitos de actividad positiva, que con frecuencia deja de razonarse suficientemente. Frente a ello cabe indicar la opinión siguiente de Mir Puig: *“Es la función que se atribuye a las normas penales en el Estado moderno la que determina la necesidad de un comportamiento humano, como también obliga a tomar este en su sentido final. En particular, en el Estado social, la función de prevención que corresponde a la norma penal exige que esta se dirija a evitar de la sociedad comportamientos evitables mediante la motivación”*.<sup>32</sup>

En suma, ***dentro de un Estado social y democrático de derecho, se tiene como exigencia de que todo delito esté constituido por un comportamiento externo y no meramente mental***, ya que desde la Revolución Francesa se considera fundamental limitar el ámbito del derecho al fuero externo y nadie discute que no cabe castigar los pensamientos.

### 2.3.1.3 PRINCIPIO DE CULPABILIDAD: LA EXIGIBILIDAD

En 1949 Arthur Kaufmann en su tesis doctoral *“Das Unrechtsbewußtsein in der Schuldlehre des Strafrechts”*,<sup>33</sup> asentó las bases de este principio (en el campo de la teoría del error); no obstante, en la actualidad, la culpabilidad se le es analizada desde tres perspectivas. En primer lugar, como tercer nivel de la teoría del delito (la conducta para que sea punible debe ser típica, antijurídica y culpable).<sup>34</sup> En segundo lugar, como fundamento en la determinación o medición de la pena.<sup>35</sup> En tercer lugar, como lo contrario a la responsabilidad por el resultado u objetiva.<sup>36</sup>

Frente a estas perspectivas que el principio de culpabilidad ofrece, Roxin ha indicado determinadas pautas que este principio debe seguir: *“1.- La teoría penal de la culpabilidad debe ser independiente de la realidad empírica de la libertad de voluntad, pues ésta no puede ser probada... 2.- Luego, en el sentido del Derecho penal, actúa culpablemente quien se comporta típica y antijurídicamente, pese a que en el momento del hecho era normativamente asequible... 3.- La existencia de culpabilidad en el sentido señalado es un*

---

<sup>32</sup> Cfr. MIR PUIG, Santiago. *“POLÍTICA CRIMINAL, PENA Y DELITO”*. En: *Política Criminal y Reforma del Derecho Penal*, Editorial Temis, Bogotá – Colombia, 1982, Pág. 84.

<sup>33</sup> “La conciencia del injusto en la teoría de la culpabilidad del Derecho Penal”; asimismo en 1961 desarrolla en su trabajo para acceder a la cátedra *“Das Schuldprinzip”* (El Principio de Culpabilidad) (2da. edic. en 1976).

<sup>34</sup> Aquí la culpabilidad tiene como elementos: la capacidad de culpabilidad, conocimiento de lo antijurídico y la exigibilidad de la conducta); no obstante, últimamente se ha planteado la posibilidad de hablar de una “responsabilidad” que de culpabilidad (Roxin).

<sup>35</sup> En esta perspectiva, el principio de culpabilidad aparece como función limitadora, es decir, la pena ha imponerse no puede ir por debajo o por encima de los límites que vienen impuestos. Arthur K. indicó que la tarea de medición de la pena, la prohibición del exceso y el principio de culpabilidad no se excluyen, sino se complementan.

<sup>36</sup> La denominada responsabilidad subjetiva: se debe atender a la conducta dolosa o imprudente, así como, el grado de desarrollo mental necesario, bien por desconocer que el hecho estaba prohibido o no le era exigible otro comportamiento (MUÑOZ CONDE, Francisco. *“DERECHO PENAL PARTE GENERAL”*. 2da. Edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia -España, 1996).

*presupuesto de punibilidad (y “fundamenta” a ésta en este sentido), pero no legitima ninguna retribución... 4.- Del rechazo a la retribución se deriva que los objetivos del Derecho penal son de naturaleza puramente preventiva... 5.- Si la culpabilidad es necesaria para la pena, pero no la exige, la pena puede quedar por debajo de la medida de la culpabilidad o ser reemplazada por otras sanciones ... 6.- No debe pensarse sin culpabilidad y no se debe penar más allá de la medida de la culpabilidad, pero tampoco debe pensarse sin necesidad de prevención especial o general. La culpabilidad y la prevención se limitan recíprocamente”.*<sup>37</sup>

Estas propuestas de Roxin inciden en las tres facetas de la culpabilidad; sin embargo, la culpabilidad, como nivel de la teoría del delito, no es objeto de esta investigación, por lo que, sólo me ceñiré como fundamento en la determinación y medición de la pena, así como, la exigencia de la responsabilidad subjetiva.

- Como fundamento en la determinación y medición de la pena.- La pena a aplicarse respondería al marco de culpabilidad; es decir, partir de la valoración de la culpabilidad dentro del marco de la pena, teniendo como pilares: la culpabilidad por el hecho y los fines preventivos; al respecto Zipf comenta lo siguiente: *“durante la decisión preventiva, el juez reduce las diversas magnitudes penales derivadas bajo el punto de vista de la adecuación a la culpabilidad, a una correcta magnitud de pena definitiva, con fines preventivos”.*<sup>38</sup>

- Como fundamento en la responsabilidad subjetiva.- El art. VII del T.P. del C.P. establece que: “La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva.” Al respecto, Schünemann comenta lo siguiente: “Sólo el principio de culpabilidad puede evitar que el Estado llegue a castigar incluso aquellos hechos que el autor no podía evitar y por los cuales no se le puede dirigir ningún reproche personal”.<sup>39</sup>

Asimismo, la responsabilidad subjetiva implica que el sujeto activo responda por la conducta realizada y no por un defecto de su personalidad.<sup>40</sup>

Cuestión aparte es lo relacionado con las personas jurídicas, las cuales, en la mayoría de textos penales se les niega una responsabilidad jurídico-penal.<sup>41</sup> Sin embargo, un sector importante de la doctrina aboga por su responsabilidad; no obstante, para no afectar el principio de culpabilidad, se está elaborando una teoría, la cual, tiene un corte dogmático -

---

<sup>37</sup> Cfr. ROXIN, Claus. “EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD Y SUS CAMBIOS (LH A ARTHUR KAUFMANN). En: *“Dogmática Penal y Política Criminal”*, Editorial Idemsa, Lima – Perú, 1997, Págs. 174-177.

<sup>38</sup> Cfr. MAURACH / GÖSSEL / ZIPF. Ob. Cit., Tomo II. Pág. 695.

<sup>39</sup> Cfr. SCHÜNEMANN, Bernd. “LA FUNCIÓN DEL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD EN EL DERECHO PENAL PREVENTIVO”. En: *“El Sistema Moderno de Derecho Penal: Cuestiones Fundamentales”*, Editorial Tecnos, Madrid – España, 1991, Pág. 163.

<sup>40</sup> Es la clásica distinción entre un Derecho Penal de hecho y un Derecho Penal de autor.

<sup>41</sup> A excepción de Francia, Holanda, Inglaterra, Estados Unidos, Brasil, Colombia, entre otros.

funcionalista”,<sup>42</sup> la cual, va más allá del actuar por otro o de las teorías de la representación o de la función.

Al respecto, Silva Sánchez comenta lo siguiente: *“...debe insistirse en que es preciso determinar con claridad cuál es el círculo de personas físicas integradas en dicha estructura, cuyas acciones desencadenan la responsabilidad de la persona jurídica. Además, es preciso determinar cómo se construye la imputación subjetiva de la persona jurídica en caso de actuaciones de órganos colegiados, en las que unos miembros obran con dolo y otros no; si cabe una suma de conocimientos individuales, cada uno por sí mismo insuficiente, para conformar el dolo de la empresa; si causas de exclusión de la responsabilidad concurrentes en el miembro de la empresa pueden beneficiar a ésta o no; etc.”.*<sup>43</sup>

Hablar sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas son cuestiones dogmáticas, las cuales, rebasarían el objeto de esta tesis.

### **2.3.2 PRINCIPIOS QUE SUSTENTAN LA IMPOSICIÓN DE UNA SANCIÓN PENAL**

Igualmente las consecuencias jurídicas del Derecho penal hallan su validez a través de la observancia de determinados principios, como son: legalidad penal, necesidad y humanidad de penas y el de proporcionalidad; los cuales, como el anterior acápite, vamos a comentar.

#### **2.3.2.1 PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL**

Cuando Feuerbach originó los fundamentos de la célebre fórmula enunciada en latín *“nullum crimen, nulla poena sine lege”*,<sup>44</sup> asentó las bases del principio de legalidad, el cual, ha derivado analíticamente diversas garantías, las cuales son:

- Garantías sustantivas.- Consiste en que no hay tipo penal, pena y medida de seguridad sin ley escrita, estricta, cierta y previa; al respecto Ferrajoli comenta lo siguiente: *“Dos logros fundamentales de la teoría clásica del derecho penal y de la civilización jurídica liberal se traban con esta concepción. El primero es la garantía para los ciudadanos de una esfera intangible de libertad, asegurada por el hecho que al ser punible sólo lo que está prohibido por la ley... El segundo es la igualdad jurídica de los ciudadanos*

---

<sup>42</sup> Al respecto, véase: BACIGALUPO, Silvina. “La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas”.

<sup>43</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “LA EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL. ASPECTOS DE LA POLÍTICA CRIMINAL EN LAS SOCIEDADES POST-INDUSTRIALES”, Editorial Civitas, Madrid – España, 199, Pág. 87. No obstante, el citado autor señala que está clara la acogida en el Derecho penal de la globalización la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

<sup>44</sup> Este principio fue incluido en la “Declaración de derechos del hombre y del ciudadano” de 1789 y un poco antes en la declaración norteamericana de Filadelfia de 1774. VELÁSQUEZ remonta este principio hasta el Código de Hammurabi (VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. “DERECHO PENAL PARTE GENERAL”. 3era. Edición, Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá- Colombia, 1997, Págs. 261-263).

*ante la ley: las acciones o los hechos, cualquiera que los cometa, pueden realmente ser descritos por las normas como “tipos objetivos” de desviación y, en cuanto tales, ser previstos y probados como presupuestos de iguales tratamientos penales...”*.<sup>45</sup> Esta garantía implica tanto al legislador (como dador de las normas) como a los jueces (como aplicadores de las leyes) una visión de las normas legales dentro de un Estado de Derecho, es decir, que éstas no sólo sean vigentes, sino también, válidas.

- Garantías procesales.- Consiste en que nadie puede ser castigado sino en virtud de un proceso legal, y que la norma penal sólo puede ser aplicado por los órganos y los jueces instituidos por la ley para esa función (*“nemo damnetur nisi per legale iudicium; nemo iudex sine lege”*).

- Garantías de ejecución penal.- Consiste que no hay pena ni medida de seguridad sin adecuado tratamiento penitenciario y asistencial, sin tratamiento humanitario, y sin resocialización (*“nulla poena nulla mensura sine regimine legale, sine humanitae, sine resocializatione”*).

### 2.3.2.2 PRINCIPIO DE NECESIDAD Y DE HUMANIDAD DE LAS PENAS

A tenor de este principio se entienden proscritas aquellas penas y medidas de seguridad que por su contenido o condiciones de ejecución pugnen con la dignidad del ser humano. Asimismo, implica una concepción del proceso penal libre de prácticas que atenten contra dicho valor supremo. ***Actualmente, los sustitutivos penales, la progresiva suavización de las penas, el establecimiento máximos a las de larga duración, las tendencias despenalizadoras y los propios beneficios penitenciarios de los sistemas progresivos constituyen otras tantas conquistas del movimiento de humanización de los sistemas penales.***

El principio de humanidad tiene particular incidencia en el ámbito de la ejecución de la pena. En éste ha ido imponiéndose, poco a poco, el controvertido “ideal resocializador”, como exigencia derivada de la dignidad del hombre y de la solidaridad social.

En un Estado social y democrático, no puede entenderse como sustitución coactiva de los valores del sujeto, ni como manipulación de su personalidad, sino como intento realista de ampliar las posibilidades de participación en la vida social del penado, a través de una oferta al mismo de alternativas de futuro al comportamiento criminal. Significa que la ejecución de la pena privativa de libertad ha de programarse de tal modo que se eviten, en la medida de lo posible, los efectos negativos, desocializadores, propios de la privación de libertad.

---

<sup>45</sup> Cfr. FERRAJOLI, Luigi Ob. Cit. Pág. 36.

### 2.3.2.3 PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD, EQUITAD Y CERTEZA DE LAS PENAS

Sobre este principio, Mir Puig comenta lo siguiente: *“No sólo es preciso que pueda - culparse - al autor de aquello que motiva la pena, sino también que la gravedad de ésta resulte proporcionada a la del hecho cometido... Sin embargo, la idea de proporcionalidad no sólo es necesaria para limitar las medidas, sino también para **graduar las penas**, por lo que ha de erigirse en principio general de todo el Derecho penal... Por una parte, la necesidad misma de **que la pena sea proporcionada al delito**. Por otra parte, la exigencia de que la **medida de la proporcionalidad** se establezca en base a la importancia social del hecho (nocividad social)”*.<sup>46</sup>

Este principio, guarda relación con la pena que el delito debe establecer, la cual, tiene como parámetros el bien jurídico-penal afectado, así como, las formas de su afectación.<sup>47</sup> Al respecto, Silva Sánchez comenta lo siguiente: *“Por fin, el principio de proporcionalidad no deja de verse comprometido por la sanción penal de conductas meramente imprudentes en relación con bienes jurídicos colectivos (así, por ejemplo, en el caso de blanqueo de capitales). Asimismo, por la evidente proliferación de tipos de peligro muchas veces standard, tanto imputados en comisión activa, como en comisión por omisión”*.<sup>48</sup>

La mayor dificultad conceptual que suscita el principio de proporcionalidad reside en la delimitación del criterio que se ha de utilizar como medida de la proporcionalidad. En este sentido, un Estado democrático no puede llevar a cabo tal evaluación a espaldas de la realidad social: la gravedad de las penas, en consecuencia, ha de ajustarse a la nocividad social de las conductas incriminadas.

El mandato de la proporcionalidad implica un juicio lógico o ponderación que compara, valorativamente, la gravedad del hecho antijurídico y la gravedad de la pena, la entidad del injusto y la del castigo del mismo. Ahora bien, el juicio de proporcionalidad no ha de atenerse exclusivamente a la gravedad del delito, siguiendo esquemas retributivos o ejemplificativos, sino también, a la finalidad de tutela que corresponde a la pena. En suma, el principio de proporcionalidad se aviene tanto a las exigencias de la retribución, como a las de la prevención.

## 2.4 EL SISTEMA DE PENAS EN EL DERECHO PENAL PERUANO

La pena en un sentido amplio, es la sanción que el Estado impone a aquellos que atentan contra el ordenamiento jurídico. Toda norma jurídica se compone de dos elementos: norma (presupuesto primario) y sanción (presupuesto secundario). El presupuesto primario se refiere a la prohibición,

<sup>46</sup> Cfr. MIR PUIG, Santiago. “DERECHO PENAL PARTE GENERAL”, PPU, 5ta. Edición, Barcelona – España, 1998, Págs. 99-100.

<sup>47</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN. Ob. Cit. Pág. 85.

<sup>48</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “LA EXPANSIÓN...”, Pág. 88.



orden, mandato, referido a la conducta. La sanción viene a ser el nexo constitutivo a la inobservancia de la norma.

Las penas y medidas de seguridad constituyen el punto de contacto de todas las normas penales. Una disposición no tiene carácter penal porque regule la lesión de mandatos o prohibiciones - rasgo atribuible igualmente a las normas civiles o administrativas - sino porque dicha lesión se encuentra sancionada con una de dichas consecuencias jurídicas. Sin embargo, la diversificación de las estrategias de la política criminal ha conducido a la introducción de otras formas de reacción en el marco del derecho penal. La ampliación de los instrumentos de la reacción penal se puede caracterizar del siguiente modo:

- La función eminentemente represiva que se le asignaba a la pena se le han agregado otras funciones de corte utilitario, lo que ha dado lugar a una notable evolución cualitativa de la misma, en particular de la pena privativa de libertad, así como a la introducción de otras penas (ampliación del sistema de penas);
- Las consecuencias jurídicas no sólo recaen en el comportamiento (individual) de la persona natural, sino también en los comportamientos delictuosos cometidos a través o por personas jurídicas. Esto implica la adopción de instituciones que refuercen la influencia del derecho penal sobre las personas jurídicas (sanciones a las personas jurídicas);
- Dentro del contexto de la trilogía conformada por el autor de la infracción, el Estado y la víctima, se considera igualmente importante la compensación de los daños y perjuicios sufridos por la víctima. En la medida en que la compensación es inherente a la transgresión jurídica (2), la reparación debe constituir una respuesta propia del derecho penal y no paralela o complementaria a éste (reparación como modalidad sancionadora);
- La necesidad de acentuar el carácter preventivo del derecho penal supone que al lado de la atenuación de la peligrosidad subjetiva del agente, fundamento de la imposición de las medidas de seguridad, se considere asimismo relevante la disminución de la peligrosidad objetiva de los instrumentos que sirven para la comisión del delito o son el producto del mismo (perfeccionamiento del comiso o de otras consecuencias accesorias);
- Finalmente, el aumento de la importancia de las estrategias de prevención del control penal determina que la sanción penal sea concebida no sólo como una consecuencia desfavorable al delincuente, sino también como un mecanismo de incitación a la observancia de la norma o de atenuación de los efectos negativos

de su inobservancia (introducción de las llamadas sanciones "prémiales").

El desarrollo diferenciado y multiforme de las estrategias de la reacción social frente al comportamiento delictuoso, ha llevado a asumir un concepto amplio de lo que se entiende por sanción penal y la teoría que la estudia. Esta se encarga del estudio de las instituciones y categorías vinculadas a la reacción del sistema penal frente a la comisión de una infracción penal.<sup>49</sup> Dentro de esta noción se comprenden, por tanto, instituciones tan disímiles como la pena, la medida de seguridad, la reparación civil y las denominadas consecuencias accesorias al delito. Esta fue también la concepción adoptada por el legislador cuando estructuró la sistemática de las consecuencias jurídicas del delito. Sin incluirlas dentro de un rótulo común, el legislador de 1991 las ordenó sucesivamente en la parte general del Código vigente, llegando a representar casi el 70 % de sus disposiciones.

La importancia de las sanciones penales no sólo es cuantitativa. Cualitativamente, su estudio permite observar con mayor claridad las opciones de política criminal seguidas por el Estado. A través de su análisis sistemático se puede dar cuenta de las (dis)funciones, incoherencias, posibilidades de desarrollo y límites de las estrategias de control y prevención de la criminalidad. Habiendo transcurrido más de un lustro desde la entrada en vigencia del Código de penal es de preguntarse, en consecuencia, cuáles son en la actualidad las características y los problemas fundamentales del sistema de sanciones (en particular de las penas)

Cuando decimos que las penas están organizadas en un sistema estamos asumiendo la idea de que se trata de una unidad global, cuyos elementos constitutivos están siempre relacionados entre sí y en contacto con una realidad determinada. Constituye en principio una unidad pues sus elementos responden a una misma finalidad en el control penal: la disminución de la criminalidad. A su vez esta finalidad es realizable a través de diferentes formas de intervención penal (penas en particular). En la medida en que estas modalidades de intervención penal cumplen tareas que repercuten en el funcionamiento del sistema en general, se encuentran vinculadas entre ellas a efecto de llegar a resultados coherentes. Los resultados perseguidos mediante la imposición y aplicación de un sistema de penas no es otro que la modificación positiva del comportamiento de los individuos a los que se aplica (influencia social de las penas). Los criterios de configuración de un sistema son además completados por otros que teóricamente lo hagan funcional. A continuación haremos un esbozo de los principales criterios que pueden dar tal calidad a las penas.

Un primer criterio a observar en la programación e implementación de un sistema de penas es el respeto de la dignidad humana (art. 1, Const.). La persona siendo un valor en sí mismo y portadora de una autonomía propia de su condición de ser racional y libre, no debe, en consecuencia, ser un instrumento del Estado o de la sociedad al momento que prevén, imponen o

---

<sup>49</sup> Cfr. ESER, Albin. " UNA JUSTICIA PENAL A LA MEDIDA DEL SER HUMANO ". En: *Revista de derecho penal y criminología*, N° 1, Madrid – España, 1998, Pág. 144.

ejecutan penas. El carácter universal de este principio determina que sus alcances sean aplicables a toda persona cualesquiera que sea su condición física, síquica o jurídica. Por tanto, incluso los delincuentes más abyectos o peligrosos son titulares de este derecho.

La capacidad de todo individuo para autodeterminarse y definir sus proyectos de vida es, ciertamente, susceptible de restricción mediante la pena. Es aceptable que, en casos extremos, el Estado prive de libertad a un individuo que ha cometido un delito (prevención especial negativa). Pero esta limitación no debe ser absoluta ni indeterminada. El Estado no está autorizado a eliminar físicamente a una persona (proscripción de la pena de muerte) ni a privarla de manera perpetua de libertad o de otro derecho.

En el Perú, hasta mediados de abril de 1991 el viejo Código penal de 1924, contenía la clásica división de la sanción penal: penas de internamiento, penitenciaria, relegación, prisión, expatriación, multa e inhabilitación, cuya aplicación no solamente dependía de la mayor o menor gravedad del hecho punible, sino, además debería tenerse en cuenta los antecedentes penales del sujeto activo, pudiendo darse el caso del reincidente, a quien deberían sancionar con una pena no menor al máximo de la correspondería al delito tipo, debiendo el juzgador tener en cuenta los dos extremos que se puntualizan en cada delito, para su real determinación. El instituto de la reincidencia ha desaparecido de nuestro actual Código Penal, permitiendo que las penas al momento de aplicarse, sancionen únicamente el hecho delictivo, olvidándose del historial penal del procesado.

Según el artículo 28° del Código Penal, las penas aplicables son:

1. Pena privativa de libertad.
  - 1.1 Temporal.
  - 1.2 Cadena perpetua
2. Penas restrictivas de libertad.
  - 2.1 Expatriación.
  - 2.2 Expulsión.
3. Penas limitativas de derechos.
  - 3.1 Prestación de servicios a la comunidad.
  - 3.2 Limitación de días libres
  - 3.3 Inhabilitación
4. Pena de multa

Se puede apreciar que la actual legislación penal sustantiva ha eliminado las penas de internamiento, penitenciaria, relegación y prisión al unificarlas en la pena privativa de libertad a que refiere el artículo 29° del Código Penal. Tampoco contempla las penas accesorias de inhabilitación e interdicción civil durante la condena y posterior de ella. A continuación, comentaremos cada una de estas penas.

## 2.4.1 LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

Que nuestro sistema de penas precisaba una profunda remodelación, es algo que nadie discute, cambio necesario tanto respecto de las propias penas existentes cuanto del modelo seguido por las reglas de determinación de la pena para hallar la concreta sanción aplicable.<sup>50</sup>

Desde los orígenes de nuestra Codificación penal, la pena privativa de libertad ha venido ocupando, como se sabe, un lugar fundamental en nuestros textos punitivos, algo predicable, igualmente, de los del resto de los países, siendo la propia evolución en el cumplimiento de tal clase de pena –de la que son hitos fundamentales los grandes sistemas penitenciarios, en especial el denominado "progresivo"– la que la llevaría a convertirse con carácter general en el eje de la legislación punitiva de los diversos Estados. Sin embargo, las esperanzas que en la misma se depositaron –como resalta ya tópicamente la doctrina– pronto comenzaron a quebrarse y desde hace tiempo se asiste a una continuada y profunda crisis de la reacción carcelaria, crisis a la que no es, desde luego, ajena ni la existencia de unas penas excesivamente duraderas, que –se ha dicho– causan más problemas de los que resuelven, ni la presencia en los textos punitivos de las criticadas penas cortas.

La pena privativa de libertad es formalmente, luego de la pena de muerte, la sanción más severa con que cuenta nuestro ordenamiento jurídico. A pesar de

---

<sup>50</sup> Igual situación se dio en España, con relación a su Código Penal de 1995. en ese contexto, la doctrina española ha analizado la denominada "parte artística del Código", ahora derogado, caracterizada por su carácter extremadamente cerrado, había sido calificada por la doctrina como sistema de "muy compleja construcción" (Cfr. LANDROVE DÍAZ, Gerardo. "LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO", 4ta. Edición, Editorial Tecnos, Madrid - España, 1996, Pág. 101), de configuración "en extremo legalista" (Cfr. OCTAVIO DE TOLEDO / UBIETO, E.. "SOBRE EL CONCEPTO DEL DERECHO PENAL", Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Madrid - España, 1981, Pág. 328) achacándosele el defecto de pecar "de una cierta rigidez" (CEREZO MIR. Ob. Cit., Pág. 169). La minuciosa regulación establecida en este ámbito no impedía, sin embargo, habida cuenta de la general amplitud de los marcos penales, conjugada con referencias, en ciertos artículos, poco precisas a la hora de definir la conducta punible, que el principio de legalidad apareciese seriamente comprometido (En el CP de 1995 existe, también, algún precepto que resulta cuestionable desde la perspectiva de seguridad jurídica, como es el caso del art. 351, que prevé la pena de prisión de diez a veinte años para "los que provocaren un incendio que comporte un peligro para la vida o integridad física de las personas", precepto que permite imponer la pena inferior en grado en atención a "la menor entidad del peligro causado y las demás circunstancias del hecho"; esto es, se establece una pena que oscila entre los cinco y los veinte años de prisión, sin que al juzgador se le proporcionen pautas bastantes y precisas para moverse dentro de tan amplia penalidad). Tal detallada regulación propiciaba, en determinados supuestos, por lo demás, dada la presencia en el texto punitivo de las obsoletas "Escalas graduales", resultados absolutamente paradójicos, como el de tener que imponer, v. gr., la pena de caución de conducta o de multa de cien mil a un millón de pesetas al sujeto en principio, pongamos por caso, condenado a la pena de reprensión pública si el mismo, por tener *a su favor*, por ej., una eximente incompleta resultaba *beneficiado* con la rebaja en un grado o dos de la pena que al tipo realizado correspondía. De estas indeseables consecuencias se hacía eco, entre otros, MANZANARES SAMANIEGO, J. "LA CAUCIÓN, EN LAS PENAS PATRIMONIALES EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL", Editorial Bosch, Barcelona - España, 1983, Págs. 316 y sgts. CASABÓ RUIZ, J. "COMENTARIOS AL CÓDIGO PENAL", Tomo II (por J. Córdoba Roda, G. Rodríguez Mourullo, A. del Toro Marzal y J.R. Casabó Ruiz), Editorial Reus, Barcelona - España, 1972, Págs. 185 y sgts.

seguir siendo la pena que más identifica al derecho penal actual, su importancia como instrumento de política criminal ha disminuido sensiblemente. Esta tendencia se pone de manifiesto fundamentalmente a nivel de las estrategias destinadas a controlar la pequeña y mediana criminalidad. Respecto a estas formas de criminalidad, se busca privilegiar el uso de alternativas a la privación de libertad. En este sentido, el legislador de 1991 señala " la urgencia de buscar otras medidas sancionadoras para ser aplicadas a los delincuentes de poca peligrosidad, o que han cometido hechos delictuosos que no revisten mayor gravedad ".

La pena privativa de libertad consiste en la privación de la libertad ambulatoria, que se impone al condenado.<sup>51</sup> Por la pena privativa de libertad el sujeto activo del delito es recluido e internado físicamente en un local especial, que para estos efectos edifica el Estado por tiempo determinado y durante el cual debe someterse a un tratamiento específico para su posterior readaptación y reincorporación al seno de la comunidad. La finalidad expresada y que se ha pretendido a través de la ejecución de la pena ha sido resocializar al penado; tiene una raigambre preventiva especial al establecer que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, el mismo que se repite en el artículo II del Código de Ejecución Penal.

El criterio de *reeducación* a través de la pena privativa de libertad, actualmente se encuentra cuestionada, por lo que se afirma que debe abandonarse la ilusión del poder *reeducar* en el interior del Sistema Penal, más aún en las instituciones tales como la cárcel.

La incuestionable actualidad de la pena privativa de libertad y su compleja problemática, su predominio, son características del Derecho penal moderno, dado que, su aplicación representa la fuente esencial de nuestra justicia penal.

Al margen de la ardua polémica sobre el tema de los fines de la pena, es claro que nuestro ordenamiento ha constitucionalizado la denominada teoría de la función de prevención especial positiva, al consagrar el principio según el cual, el "régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad", en armonía con el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que señala que "el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados".

Se trata, naturalmente, de un principio constitucional-penitenciario, que no por su condición de tal, carece de eficacia. Comporta, por el contrario, un mandato de actuación dirigido a todos los poderes públicos comprometidos con la ejecución de la pena y, singularmente, al legislador, ya sea al momento de regular las condiciones cómo se ejecutarán las penas o, por lo que ahora importa rescatar, al establecer el *cuántum* de ellas y que los jueces pueden aplicar para sancionar la comisión de determinados delitos.

---

<sup>51</sup> Cfr. FLORES MUÑOZ, Milko R. "LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO", Ediciones Debate Jurídico, Lima – Perú, 1994, Pág. 126.

Desde esa perspectiva, el inciso 22) del artículo 139º de la Constitución constituye un límite al legislador, que incide en su libertad para configurar el *cuántum* de la pena: en efecto, cualquiera sea la regulación de ese *cuántum* o las condiciones en la que ésta se ha de cumplir, ella debe necesariamente configurarse en armonía con las exigencias de "reeducación", "rehabilitación" y "reincorporación" del penado a la sociedad.

La única excepción a tal límite constitucional es la que se deriva del artículo 140º de la propia Constitución, según la cual el legislador, frente a determinados delitos, puede prever la posibilidad de aplicar la pena de muerte. Sin embargo, como se deduce de la misma Norma Fundamental, tal regulación ha de encontrarse condicionada a su conformidad con los tratados en los que el Estado peruano sea parte y sobre, cuyos concretos alcances de aplicación, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido oportunidad de pronunciarse, en la Opinión Consultiva N.º 14/94, del 9 de diciembre de 1994.

De las exigencias de "reeducación", "rehabilitación" y "reincorporación" como fines del régimen penitenciario se deriva la obligación del legislador de prever una fecha de culminación de la pena, de manera tal que permita que el penado pueda reincorporarse a la vida comunitaria. Si bien el legislador cuenta con una amplia libertad para configurar los alcances de la pena, sin embargo, tal libertad tiene un límite de orden temporal, directamente relacionado con la exigencia constitucional de que el penado se reincorpore a la sociedad.

La denominada "cadena perpetua", en su regulación legal actual, es intemporal; es decir, no está sujeta a límites en el tiempo, pues si tiene un comienzo, sin embargo carece de un final y, en esa medida, niega la posibilidad de que el penado en algún momento pueda reincorporarse a la sociedad.

Sin embargo, el establecimiento de la pena de cadena perpetua no sólo resiente al principio constitucional previsto en el inciso 22) del artículo 139º de la Constitución. También es contraria a los principios de dignidad de la persona y de libertad.

En primer lugar, es contraria al principio de libertad, ya que si bien la imposición de una pena determinada constituye una medida que restringe la libertad personal del condenado, es claro que, en ningún caso, la restricción de los derechos fundamentales puede culminar con la anulación de esa libertad, pues no solamente el legislador está obligado a respetar su contenido esencial, sino, además, constituye uno de los principios sobre los cuales se levanta el Estado Constitucional de Derecho, con independencia del bien jurídico que se haya podido infringir. Por ello, tratándose de la limitación de la libertad individual como consecuencia de la imposición de una sentencia condenatoria, ésta no puede ser intemporal sino que debe contener límites temporales.

En segundo lugar, que detrás de las exigencias de "reeducación", "rehabilitación" y "reincorporación" como fines del régimen penitenciario, también se encuentra necesariamente una concreción del principio de dignidad

de la persona (artículo 1º de la Constitución) y, por tanto, éste constituye un límite para el legislador penal. Dicho principio, en su versión negativa, impide que los seres humanos puedan ser tratados como cosas o instrumentos, sea cual fuere el fin que se persiga alcanzar con la imposición de determinadas medidas, pues cada uno, incluso los delincuentes, debe considerarse como un fin en sí mismo, por cuanto el hombre es una entidad espiritual moral dotada de autonomía.

En el ámbito penitenciario, la proyección del principio de dignidad comporta la obligación estatal de realizar las medidas adecuadas y necesarias para que el infractor de determinados bienes jurídicos-penales pueda reincorporarse a la vida comunitaria, y que ello se realice con respeto a su autonomía individual, cualquiera sea la etapa de ejecución de la pena. Sin embargo, y aunque no se exprese, detrás de medidas punitivas de naturaleza drástica como la cadena perpetua subyace una cosificación del penado, pues éste termina considerado como un objeto de la política criminal del Estado, sobre el cual -porque nunca tendrá la oportunidad de ser reincorporado-, tampoco habrá la necesidad de realizar las medidas adecuadas para su rehabilitación.

El carácter rehabilitador de la pena tiene la función de formar al interno en el uso responsable de su libertad. No la de imponerle una determinada cosmovisión del mundo ni un conjunto de valores que, a lo mejor, puede no compartir. Pero, en cualquier caso, nunca le puede ser negada la esperanza de poderse insertar en la vida comunitaria. Y es que al lado del elemento retributivo, ínsito a toda pena, siempre debe encontrarse latente la esperanza de que el penado algún día pueda recobrar su libertad. El internamiento en un centro carcelario de por vida, sin que la pena tenga un límite temporal, aniquila tal posibilidad.

Como antes se ha expresado, no sólo anula la esperanza de lograr la libertad. También anula al penado como ser humano, pues lo condena, hasta su muerte, a transcurrir su vida internado en un establecimiento penal, sin posibilidad de poder alcanzar su proyecto de vida trazado con respeto a los derechos y valores ajenos. Lo convierte en un objeto, en una cosa, cuyo desechamiento se hace en vida. La cadena perpetua, en sí misma considerada, es repulsiva con la naturaleza del ser humano. El Estado Constitucional de Derecho no encuentra justificación para aplicarla, aun en el caso que el penado, con un ejercicio antijurídico de su libertad, haya pretendido destruirlo o socavarlo.

#### **2.4.2 LAS PENAS RESTRICTIVAS DE LA LIBERTAD**

Las penas restrictivas de libertad, lesionan sólo al contrario, de lo que sucede con los privativos, no quitan por completo la libertad y el movimiento, sino que solo la recortan, bien a través de la prohibición de residir en algún determinado enclave geográfico, bien con la obligación de morar en algún lugar concreto, sin trasponer los límites que se establece en la sentencia, en Roma esta clase de pena era conocida como el *destierro voluntario*, cuya finalidad fue las de sustraerse a la ejecución de la pena.

Nuestro Código Penal, siguiendo el principio fundamental de esta clase de pena, lo incluye en el art. 30° del C.P., estableciendo la expatriación para los nacionales y la expulsión para los extranjeros, previo cumplimiento de la pena privativa de libertad. Sin embargo, y según se viene expresando, podemos notar que se aplicarían este tipo de pena dos sanciones para el mismo delito, las que se cumplen violando el principio constitucional de *non bis in idem*, pues así lo estipula el art. 30° del C.P. al ordenar que ambas: las penas restrictivas de la libertad, se aplican después de aplicada la pena privativa de libertad. Motivo por el cual existen criterios de derecho humanitario e internacional como por la naturaleza y aplicación, las penas restrictivas de libertad deben ser eliminadas de nuestro ordenamiento jurídico penal.

#### **2.4.2.1 EXPATRIACIÓN**

La expatriación de nacionales está prevista en determinados delitos (dolosos) contra la seguridad nacional y del (inconstitucional) traición a la patria (arts. 325, 326, 329, 330, 331, 332 C.P.).

Su inclusión, por arte de birlibirloque, en el Código vigente va a contra corriente de la tendencia político criminal de proscribirla del catálogo de sanciones penales. Desechada en los sucesivos proyectos de Código penal, a excepción del Proyecto de 1986 que preveía la expatriación (art. 34), apareció misteriosamente en el Proyecto de enero de 1991. El apuro del legislador por introducirla en el sistema de penas se pone en evidencia en la forma cómo rectificó la exposición de motivos del Proyecto de 1990. Al referirse a las clases de pena previstas por el Código, el legislador del 91 señaló: " El Proyecto prevé un elenco de penas marcadamente simple. Las sanciones son de tres clases: privativa de libertad, restrictiva de libertad, limitativa de derechos y multa (art. 28)". Es decir, agregó a la anterior versión la nueva pena, pero siguió hablando de la existencia de tres clases de pena.

Sin embargo, la pena de expatriación de nacionales constituye una innovación infeliz del legislador. Su dudosa constitucionalidad y su clara incompatibilidad con el derecho internacional ha sido relevada unánimemente por los autores nacionales. Al margen de su incompatibilidad con la Convención Americana de Derechos Humanos que prescribe que nadie puede ser expulsado del territorio del cual es nacional, ni ser privado de ingresar en el mismo, cabría también evaluar constitucionalmente su legitimidad. Como su nombre lo indica, las penas restrictivas de la libertad implican una restricción sustantiva a la libertad de residencia en todas sus manifestaciones: la posibilidad de establecerse en el territorio nacional, de transitar y de entrar en todo tiempo (art. 2, inc. 11 Const.). Como todo derecho fundamental, la libertad de residencia está sujeta a restricciones. En este sentido, la Constitución establece como limitaciones de su ejercicio razones de sanidad, mandato judicial o la aplicación de la ley de extranjería (D Leg 703). La concretización de estas restricciones está sin embargo sujeta al examen de tres condiciones: un interés público predominante, una base legal suficiente, y la observancia de la proporcionalidad de la medida. Estas condiciones difícilmente se cumplen en la manera como han sido reguladas estas penas: el interés público de expulsar a



un extranjero que ha cometido un delito puede ciertamente existir y prevalecer sobre el interés del condenado de permanecer en el territorio nacional, pero difícilmente puede sostenerse que una expulsión indeterminada satisfaga las exigencias del principio de legalidad, ni mucho menos del principio de proporcionalidad.

No puede existir interés público preferente en expatriar a un nacional luego de que éste haya purgado 15 o 20 años de privación de libertad. Tampoco puede sostenerse que la expatriación sea una pena adecuada al fin de prevención especial negativa. Pues si de lo que se trata es de evitar que el nacional vuelva a coludirse con un Estado extranjero, no se percibe de qué manera se atenúa o desaparece dicho riesgo expulsándolo del territorio nacional. No existe, finalmente, una justificación moral para que el Estado se deshaga de sus nacionales que han cometido un delito en su territorio. El principio de personalidad, que hace posible la extradición activa de los nacionales, contradice precisamente la razón de ser de esta pena.

#### **2.4.2.2 EXPULSIÓN**

La legislación especial en materia de tráfico ilícito de drogas (DL 22095, art. 63), el legislador prevé específicamente la expulsión de extranjeros en los casos de comisión de este delito (art. 303 C.P.).

A pesar de tener un alcance práctico limitado, estas penas resultan incompatibles con un sistema de sanciones moderno y adecuado a la Constitución. La expulsión de extranjeros no tiene por qué ser considerada como una pena. La finalidad político criminal de la expulsión de extranjeros no es la de retribuir la comisión de un delito, ni la de prevenir, mediante su efecto disuasivo, la comisión de futuros delitos. No puede tener dicho carácter pues en este caso la pena privativa de libertad, ejecutada previamente, ya habría cumplido dichos fines. A fuerza de ser coherente y equitativo, el legislador debió, en el mismo caso, prever la pena de expatriación del nacional que cometa el delito de tráfico ilícito de drogas. Solución que, ciertamente, hubiera sido inviable, pues ningún otro Estado aceptaría recibir narcotraficantes.

Es incomprensible, por otro lado, que la función de resocialización de la pena privativa de libertad previamente cumplida, se contradiga posteriormente con la expulsión del extranjero que tiene ciertos vínculos de integración al país. Tampoco es aceptable la duración indeterminada de esta pena. Hubiera sido más razonable que el legislador optara por dejar a la legislación de extranjería la regulación de dicha medida. En la legislación comparada, se justifica la expulsión como sanción administrativa vinculada a la comisión de un delito. Pero en este caso su duración es proporcional a la gravedad de la infracción cometida y su finalidad es diferente: garantizar la seguridad de los habitantes del Estado de donde el condenado es expulsado.

### 2.4.3 LAS PENAS LIMITATIVAS DE DERECHOS

Dentro de las penas limitativas de derechos se encuentran consideradas, por un lado, las nuevas penas de prestación de servicios a la comunidad y de limitación de días libres y, por otro lado, la pena de inhabilitación (art. 31 C.P.). El legislador de 1991 ha otorgado la denominación “penas limitativas de derechos” a un grupo de consecuencias jurídico – criminales que, sin estar directamente orientadas a incidir en los derechos del condenado a la libertad de desplazamiento o al patrimonio, restringen o privan el ejercicio de derechos de diversa índole: políticos, profesionales, familiares, etc.<sup>52</sup> Más allá no es posible señalar elementos comunes que puedan servir como criterio aglutinador.

El primer problema que ha de enfrentarse en la revisión de estas penas es el de su denominación. El título adoptado para denominarlas no resulta muy funcional para dar cuenta de su contenido.<sup>53</sup> Al regularlas como una categoría independiente de las penas privativas y restrictivas de libertad, el legislador asume que existe una diferencia cualitativa entre los bienes jurídicos afectados con estas penas. Sin embargo, no existe una frontera claramente delimitada entre la afectación de la libertad y la de los derechos. La primera es concebida como un sinónimo parcial del término derecho. La libertad constituye una facultad natural que tiene toda persona de obrar de una manera o de otra o de abstenerse de obrar. Los derechos, en su acepción subjetiva, no vienen a ser sino los instrumentos establecidos por el ordenamiento jurídico para ejercerla. En consecuencia, la privación o la restricción de la libertad, mediante la imposición de una pena, es igualmente una forma de privar o limitar el ejercicio de un derecho.

Independientemente de este problema formal, lo cierto es que la introducción de la pena de prestación de servicios a la comunidad y de limitación de días libres, así como la ampliación de los alcances de la inhabilitación responden a la necesidad de encontrar alternativas a la pena privativa de libertad. En este sentido, el legislador señala que " los elevados gastos que demandan la construcción y sostenimiento de un centro penitenciario, obligan a imaginar nuevas formas de sanciones para los infractores que no amenacen significativamente la paz social y la seguridad colectiva ". A esta ventaja de orden financiero, se agregan otras inherentes a su ejecución no carcelaria: mantenimiento del condenado en el sistema social (disminución de riesgos de pérdida de la socialización), utilidad de la prestación o actividad desarrolladas por el condenado (generación de beneficios sociales),

---

<sup>52</sup> Cfr. ÁVALOS RODRÍGUEZ, Carlos. “PRESTACIÓN DE SERVICIOS A LA COMUNIDAD Y LIMITACIÓN DE DIAS LIBRES EN EL DERECHO PENAL PERUANO”: En: *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N° 03, Lima – Perú, 2002, Pág. 47.

<sup>53</sup> Peña Cabrera ha criticado el empleo de tal denominación, basándose para ello en que con excepción de la inhabilitación, las otras sanciones son penas alternativas a la prisión y sería conveniente denominárseles así. (Cfr. PEÑA CABRERA, Raúl. “TRATADO DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL”, 3ra. Edición, Editorial Grijley, Lima – Perú, 1997, Pág. 615). Asimismo, para Villavicencio, las sanciones de prestación de servicios a la comunidad y de limitación de días libres no tienen nada que ver con la restricción o limitación de derechos (Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, Luis Felipe. “CÓDIGO PENAL COMENTADO”, 3ra. Edición, Editorial Grijley, Lima – Perú, 2001, Pág. 163).

disminución o neutralización de las condiciones generadoras del ilícito (prevención de acuerdo con la situación), concentración de esfuerzos en el tratamiento de los delincuentes llamados residuales (racionalización de objetivos).

Sin embargo, a efecto de no caer en un falso optimismo sobre la viabilidad práctica de las nuevas penas debe evaluarse con prudencia el argumento financiero de la exposición de motivos. Esta percepción puede resultar unilateral, simplista y, por ende, contraproducente en el mediano y largo plazo si es que no se examinan debidamente cuestiones tales como la de su costo real, la programación de su ejecución y sus efectos globales sobre el sistema penal.

En todo caso, y a fin de llevar a su exacta dimensión la importancia del criterio económico, tendrían que evaluarse factores tales como: número de sustituciones o conversiones de la pena privativa de libertad, duración de las penas sustituidas, tipo de establecimiento en el que tiene lugar la detención, número de procesos a que da lugar la revocación de la conversión, costos marginales de la detención, costos de gestión de las penas limitativas y de mantenimiento y ampliación de los establecimientos penitenciarios.

La regulación de las penas limitativas de derechos presenta algunos defectos de técnica legislativa que dificultan notablemente la aplicación de las nuevas penas. Así, en el art. 32, se establece que " las penas limitativas de derechos previstas en los dos primeros incisos (prestación de servicios a la comunidad y limitación de días libres) se aplican como autónomas cuando están específicamente señaladas para cada delito y también como substitutivas de la pena privativa de libertad cuando la sanción sustituida a criterio del juez no sea superior a tres años ". Al diferenciarse entre penas autónomas y substitutivas, se amplía aparentemente su función.

De esta manera, el legislador se aleja del criterio asumido en el Código penal brasileño, que sirviera de fuente en este ámbito. El legislador brasileño trata ambas características como aspectos de la misma cuestión: las penas son autónomas porque son aplicadas independientemente, pero al mismo tiempo son substitutivas de la pena privativa de libertad. Si nuestro legislador quería ir más allá de su homólogo brasileño, previendo específicamente estas penas en la parte especial, hubiera optado por evitar toda confusión terminológica prescindiendo de introducir clasificaciones dogmáticas en la ley y tratando estas modalidades de aplicación como disposiciones independientes.

Un segundo problema es el relativo a la función de estas penas dentro del sistema de sanciones. En este sentido, es de preguntarse si la función substitutiva prevista en el art. 33 es cualitativamente diferente de la función prevista en el art. 52 que regula el sistema de conversiones. En efecto, cabe pensar, *prima facie*, que estas penas pueden, por un lado, sustituir las penas privativas de libertad, de acuerdo con el art. 32 y, por otro lado, convertirlas de acuerdo al art. 52.

En realidad, se trata de dos caras de la misma moneda. En el art. 33 sólo se fija el principio general de sustitución, en tanto que en el artículo 52 se precisan los criterios de conversión (llámese sustitución). La razón de esta dificultad interpretativa puede rastrearse desde los inicios del proceso de reforma penal. En el Proyecto 1984 (art. 66) se preveía ya la posibilidad de convertir la pena de prestación de trabajo en favor del Estado. Luego, en los proyectos de 1985 y 1986, se establecía únicamente las condiciones de conversión.

Recién en el Proyecto de 1989 se previó que las penas limitativas de derechos podían sustituir a la pena privativa de libertad cuando sea inferior a los tres años (art. 36), pero manteniéndose el sistema de conversiones dentro de este límite. Ulteriormente, en el Proyecto de 1990, se estableció la versión definitiva (vigente en el Código penal de 1991). De la misma manera que en las penas restrictivas de libertad, en el Proyecto de enero de 1991 se introdujo una modificación de última hora: se mantuvo el tenor propuesto en el Proyecto anterior, pero se redujo únicamente, en la parte de las conversiones, el límite de tres años a un año.

Se llega así a la situación paradójica que, por un lado, estas penas puedan sustituir aparentemente penas privativas de libertad superiores a un año, sin mayores requisitos que el límite de la pena (establecida por el juzgador) y, por otro lado, se puedan convertir penas privativas de libertad con límites cuantitativa y cualitativamente más estrictos (penas no mayores de un año y de carácter conminado). Se trata finalmente, como señala Prado, de un lamentable error que debe ser corregido. Pero, a diferencia de lo que él parece dejar entrever, la fijación en un año del límite de conversiones del art. 52 no es en realidad un error de redacción, sino de política criminal al restringirse al máximo la aplicabilidad de estas penas como penas substitutivas.

Sin embargo, en lo que respecta a la doctrina, el tratamiento del que han sido objeto las penas limitativas de derechos forma parte del escaso interés que los autores nacionales le confieren a las consecuencias jurídicas del delito.<sup>54</sup>

#### **2.4.3.1 PRESTACIÓN DE SERVICIOS A LA COMUNIDAD**

El legislador nacional no ha sido ajeno a la importancia que en la actualidad le reconocen el Derecho comparado y la política criminal al trabajo en beneficio de la comunidad como sanción penal, incorporándola en el texto punitivo de 1991 con la denominación de *prestación de servicios a la comunidad*.

En la doctrina penal existe gran inseguridad respecto de cuál es el derecho que resulta afectado por la sanción de prestación de servicios a la comunidad. No es posible identificar una posición que resulte claramente

---

<sup>54</sup> Cfr. FIGUEROA NAVARRO, Aldo. "LA INVOLUCIÓN DEL SISTEMA DE PENAS EN EL CONTEXTO DE LA POLITIZACIÓN DEL DERECHO PENAL". En: *Anuario de Derecho Penal*, Lima – Perú, 1998, Pág. 289.

dominante. Incluso, existe un grupo de autores que prefieren no tocar el tema,<sup>55</sup> y algún autor que anota de manera expresa que no logra determinar cuál es el derecho cuyo ejercicio se está limitado.<sup>56</sup> Al respecto, estimamos que esta pena limita el derecho al disfrute del tiempo libre (art. 2, inc. 22 Const.), así como, el derecho a no prestar trabajo sin el libre consentimiento (art. 23 Const.), aunque se debe admitir la difícil elaboración de argumentos que legitimen la limitación de tales derechos constitucionales.<sup>57</sup>

Esta pena importa la prestación de trabajos gratuitos por parte del condenado en entidades asistenciales, hospitalarias, escuelas, orfanatos, otras instituciones similares u obras públicas. Según la Ley N° 27030 (“Ley de ejecución de las penas de prestación de servicios a la comunidad y de limitación de días libres”), el órgano jurisdiccional competente remite copia certificada de la sentencia consentida o ejecutoriada al INPE, indicando el domicilio del sentenciado; el sentenciado debe firmar un Acta de Compromiso con el INPE para el cumplimiento de la pena impuesta. Conocida la sentencia en un plazo máximo de diez días se dará cumplimiento a lo dispuesto por el Juez y de acuerdo a lo establecido en el Acta de Compromiso. En el caso que el sentenciado no asista injustificadamente a más de tres jornadas consecutivas, o a más de cuatro jornadas no consecutivas, se le revoca esta pena por la de pena privativa de libertad.

El trabajo en beneficio de la comunidad deberá cumplirse durante los días sábados y domingos, más el Director de Penas Limitativas de Derechos podrá autorizar al condenado para que cumpla con prestar los servicios durante los días útiles de la semana.<sup>58</sup> Sin embargo, entre los obstáculos que se pueden encontrar, lo complejo de la organización administrativa de su cumplimiento, ocupa un lugar trascendental. Tan es así que, incluso, en países calificados sin discusión de desarrollados se ha denunciado que su poca utilización tiene su origen en carencias organizativas.

---

<sup>55</sup> Cfr. BRAMONT ARIAS / BRAMONT ARIAS TORRES. “CÓDIGO PENAL ANOTADO”, 3ra. Edición, Editorial San Marcos, Lima – Perú, 2000, Págs. 236-237. NAVARRO ALTAUS, Martín. “EL SISTEMA DE PENAS EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO DE 1991. En: *Anuario de Derecho Penal*, Lima – Perú, 1999, Págs. 90-94. PEÑA CABRERA. Ob. Cit., Págs. 615-616. VILLAVICENCIO TERREROS. Ob. Cit., Págs. 166-167.

<sup>56</sup> Cfr. RENART GARCÍA, Felipe. “LA PENA DE TRABAJO EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD DESDE UNA PERSPECTIVA COMPARADA”. En: *Anuario de Derecho Penal*, Lima – Perú, 1999, Pág. 184.

<sup>57</sup> Para Cid Moliné se requiere del consentimiento por parte del condenado (Cfr. CID MOLINÉ, José. “PENAS ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN”. Editorial Bosch, Barcelona – España, 1997, Pág. 106).

<sup>58</sup> En su imposición como pena originaria, esta pena podrá extenderse de un mínimo de 10 hasta un máximo de 156 jornadas de servicios semanales, estando compuesto cada jornada semanal por diez horas de prestación de servicios. Las mismas razones que impiden que la jornada laboral ordinaria pueda exceder las ocho horas de trabajo, hacen que no se pueda obligar al sentenciado a cumplir jornadas diarias mayores de ocho horas. (Cfr. MAPELLI CAFERENA, Borja / TERRADILLOS BASOCO, Juan. “LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO”; 3ra. Edición, Editorial Civitas, Madrid – España, 1996, Pág. 178).

### **2.4.3.2 LIMITACIÓN DE DÍAS LIBRES**

Esta pena es una sanción que carece de antecedentes en el ordenamiento jurídico – penal nacional.<sup>59</sup> Su introducción en el Código Penal es fruto de la influencia de la reforma penal brasileña de 1983-1984, y no en la figura española del arresto de fin de semana, la cual es una modalidad de la pena privativa de libertad y se realiza en los días que marcan la culminación de la semana; en cambio, la limitación de días libres es una modalidad de la pena limitativas de derecho, y que se puede cumplir, excepcionalmente, en días diferentes a los de fin de semana (inclusive en los días feriados se puede ejecutar esta sanción).

La sanción limita el derecho que tienen las personas a disfrutar de su tiempo libre (art. 2, inc. 22, Const.); pues, de acuerdo con el art. 35 del C.P., el condenado tendrá que cumplir su pena ingresando en establecimientos organizados con fines educativos durante un total de horas semanales (no menos de diez ni más de dieciséis por cada semana) que deben ser repartidas entre los días sábados, domingos y feriados, precisamente los días que en principio se encuentran reservados para ser utilizados en actividades diferentes a las que le proporcionan los medios para subsistir o las propias de su educación.

Nuestro legislador ha configurado la duración de la pena de limitación de días libres en función de dos criterios. En primer término, en razón al número de fines de semana que se habrán de imponer en calidad de pena concreta. En segundo término, en razón al número de horas en total que se tendrá que cumplir cada semana. La determinación de los horarios de ejecución semanal, la indicación del lugar en que se habrá de cumplir la sanción, la evaluación y precisión del tipo de orientaciones a impartirle al condenado, del mismo modo que la supervisión y control de la ejecución de la pena le corresponden a la Dirección de Penas Limitativas de Derechos de las Direcciones Regionales del INPE, cuyos funcionarios deberán sujetar su actuación a lo dispuesto en la Ley N° 27030 y el D.S. N° 005-2000-JUS (Reglamento de la Ley de ejecución de las penas de prestación de servicios a la comunidad y de limitación de días libres).

### **2.4.3.3 INHABILITACIÓN**

El Código de 1991 presenta algunas modificaciones relevantes en el ámbito de la pena de inhabilitación. Por ejemplo, se suprime ciertos supuestos de inhabilitación previstos en el Código derogado como el de la pérdida de la pensión, montepío, y otros ingresos. De esta manera se deja a la legislación administrativa la regulación de las consecuencias derivadas de la comisión de un delito en conexión con estas ventajas de orden pecuniario. Así mismo, es de considerar que el comiso puede funcionar mejor, en el ámbito penal, para regular este tipo de situaciones de obtención ilícita de ganancias.

---

<sup>59</sup> Cfr. PRADO SALDARRIAGA, Víctor. “LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO EN EL PERÚ”, Editorial Gaceta Jurídica, Lima – Perú, 2000, Pág. 72.

Dentro de la concepción tendiente a limitar las penas perpetuas y, por tanto, desproporcionadas, el legislador de 1991 sólo consideró penas de inhabilitación temporales. La inhabilitación perpetua y absoluta equivale a la muerte civil del condenado.

Pero frente a la supresión de los supuestos mencionados, se agregó al Código de 1991 otras modalidades de inhabilitación. Acorde con la creación o el aumento de las fuentes de peligro en la vida social, el legislador introdujo, en el art. 36, la suspensión o cancelación del porte o uso de armas de fuego o de la autorización para conducir cualquier tipo de vehículos. Del mismo modo, dejando de lado el tratamiento de la interdicción civil en el ámbito penal, le dio el carácter de pena a la declaración de incapacidad para el ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela.

Es difícil, sin embargo, encontrar un denominador común a los ocho casos de inhabilitación del Código vigente. Desde la perspectiva de los fines de la pena resulta complejo conciliar cada modalidad de la inhabilitación con los diversos objetivos previstos en el Código. No puede, por ejemplo, sostenerse que mediante la ejecución de las modalidades de inhabilitación se persiguen objetivos de prevención especial positiva. Su aplicación no tiene más efecto que la limitación, suspensión o privación de un derecho y no la resocialización, en sentido amplio, del inhabilitado.

Tampoco existe una finalidad retributiva en la aplicación de la inhabilitación como pena accesoria. Pues su duración está sujeta a la de la pena principal. La constatación de una de las circunstancias del art. 39, justificantes de la imposición de una pena de inhabilitación a título accesorio (por ejemplo, abuso de autoridad, de profesión, oficio, o violación de un deber inherente a la función pública, comercio, patria potestad ... ), constituye un requisito adicional al momento de individualizar la pena, pero que está determinada por los límites mínimo y máximo de la pena principal.

Habría que preguntarse entonces si la existencia de penas accesorias, como en el presente caso, son aún válidas en la política criminal moderna y si son compatibles con la aceptación de una pena con diversas funciones. No pueden cumplir una función preventiva general si están refundidas en la aplicación de la pena principal y, por ende, son poco notables. Tampoco cabe aplicarlas con posterioridad al cumplimiento de la pena principal pues de lo contrario serían penas acumuladas.

Lo cierto es que en la imposición de las penas de inhabilitación la finalidad básica es la protección de la sociedad, reduciendo o suprimiendo los riesgos derivados del goce o ejercicio del derecho afectado. Esta función protectora de la pena se pone en evidencia, por ejemplo, en la suspensión o cancelación de la autorización de portar o hacer uso de armas de fuego o de conducir vehículos. La inhabilitación se inscribe pues dentro de la concepción de la denominada prevención de acuerdo con la situación (reducción o supresión de las ocasiones de comisión de nuevos ilícitos penales).

Una rápida revisión de las modalidades particulares de inhabilitación previstas en el art. 36 del Código penal nos permite hacer las siguientes consideraciones: La privación de función, cargo o comisión (inc. 1), retomada ad integrum del Código derogado sólo tiene por destinatario el funcionario o servidor público o una persona que sin ostentar tal calidad se desempeña en un puesto público. La pérdida de la función, cargo o comisión implica la privación tanto del goce como del ejercicio de éstos. A diferencia de otras legislaciones, como la española, en el Código vigente no se considera como un supuesto distinto y autónomo la suspensión de empleo o cargo público (art. 43 CPE). Este último es considerado, en la legislación española, como un supuesto diferenciado de la inhabilitación especial. Siendo una inhabilitación específica, el juzgador debe señalar clara y expresamente la función, el cargo, o la comisión que es objeto de la inhabilitación.

Con relación a la incapacidad para ejercer por cuenta propia o por intermedio de tercero profesión, comercio, arte o industria, que deben especificarse en la sentencia (inc. 4), sólo debemos relevar el tratamiento uniforme de esta incapacidad durante la reforma: el juzgador debe precisar el tipo de profesión, comercio, arte o industria, objeto de la inhabilitación. Ha de establecerse un nexo de determinación entre la violación del deber de profesión, comercio, arte o industria y la consecuencia jurídico penal. De otro modo, la sanción será desproporcionada, criminógena (condena al hambre) e impropia en su finalidad de aseguramiento.

Es indudable la pertinencia y la conveniencia político criminal de la suspensión o cancelación de la autorización para conducir cualquier tipo de vehículo (inc. 7). Lo mismo podemos señalar de su aplicación, como pena accesoria, en el caso de los delitos culposos de tránsito (art. 40). Sin embargo, debemos formular tres observaciones. Primero, el legislador ha creado una categoría de delitos que ha decidido llamar "delitos de tránsito". ¿En aras del respeto al principio de legalidad no hubiera sido más propio adoptar un criterio taxativo designando los tipos legales que caen bajo esta noción? Segundo, como en el inciso anterior, el legislador prohíbe lo menos pero permite lo más: sanciona con una pena adicional las conductas culposas, pero deja de lado las conductas dolosas que tengan como instrumento delictivo un vehículo. Piénsese por ejemplo en un delito de omisión de prestar auxilios necesarios (art. 127 CP), de huida después de haber herido o incapacitado a una persona (art. 126 CP), o simplemente el hurto de uso de un vehículo (art. 187 CP). La fórmula adoptada en el Anteproyecto de la parte general del Código penal suizo es, en todo caso, más adecuada. Tercero, el legislador se queda corto previendo únicamente la suspensión o cancelación de las autorizaciones ya concedidas. Le hubiera dado un mayor alcance preventivo a esta modalidad de inhabilitación si contemplaba también la incapacidad para obtener la autorización.

#### **2.4.4 LA PENA DE MULTA**

En la Memoria explicativa de nuestro actual Código se indicaba que se tomaba como punto de partida el llamado "modelo escandinavo", utilizado en la medida de lo posible como sustitutivo de las penas privativas de libertad de corta



duración. Con arreglo a dicho modelo, la pena de multa señalada para los correspondientes delitos no consistirá en una "suma" dineraria con un mínimo y un máximo fijos, sino en "días-multa" (meses o años-multa, en su caso), a los que se refiere como multiplicador una determinada suma. De esta manera, se establece un cierto paralelismo con las penas privativas de libertad, puesto que la individualización de la nueva pena de multa ante el caso concreto se realizará en dos fases. En un primer momento los tribunales fijarán, dentro de los límites señalados por la ley para el respectivo delito, la extensión en que imponen la multa, de acuerdo con las reglas generales de aplicación de las penas, como si se tratase de una pena privativa de libertad. En un segundo momento, y una vez fijada la extensión, los tribunales determinarán la cuantía dineraria de cada día-multa, entre el mínimo y máximo legalmente señalado al efecto, atendiendo exclusivamente a la situación económica del autor, de tal suerte que la multiplicación del número de días por el importe fijado para cada día representará la cuantía de la pena pecuniaria en el caso concreto.<sup>60</sup>

Vaya por delante la importancia que cabe otorgar a este aspecto en la configuración del moderno sistema de los días-multa. Tanto es así que en la doctrina alemana ha podido llegar a afirmarse que en el seno de este sistema el modo en que pueden pagarse las cuotas constituye una tercera fase que se viene a añadir a las dos fases consabidas.

Hay que entender que, al propio tiempo, el legislador está facultando al órgano judicial para fijar en la sentencia, a su prudente arbitrio, las condiciones de pago que considere más adecuadas a las circunstancias que rodeen al condenado. Así las cosas, parece que no deberá existir inconveniente alguno para que, v. gr., el tribunal autorice al condenado a satisfacer la suma impuesta en plazos, con la periodicidad y la manera que estime conveniente, incluyendo, por supuesto, la posibilidad de que el reo acumule dicho pago cuando venga establecido en días o efectúe pagos alternos o cuotas desiguales a la vista de las concretas circunstancias que concurren en el penado.

Algunas de las ventajas mencionadas pueden quedar relativizadas debido a una utilización inadecuada de esta clase de pena, como la que en algunos casos ha llevado a cabo el legislador peruano de 1991. En efecto, en el C.P es frecuente comprobar cómo la pena pecuniaria de los días-multa se impone de forma conjunta con la pena privativa de libertad. Frente a ello cabe objetar que se trata de una decisión que presenta notables inconvenientes, entre los que descuella el sencillo argumento de que el cumplimiento de la pena de prisión puede imposibilitar ya la adecuada ejecución de la pena pecuniaria. En los supuestos en que no quepa hablar de criminalidad grave (en casos de gravedad debería bastar con pena privativa de libertad) parece que la regla general debería ser la previsión de la pena de días-multa con carácter *alternativo* a la pena privativa de libertad, como ocurre en otros Códigos v. gr. el alemán.

---

<sup>60</sup> Cfr. ROLDÁN BARBERO, H. "EL DINERO, OBJETO FUNDAMENTAL DE LA SANCIÓN PENAL", Editorial Tecnos, Madrid – España, 1983, Págs. 75 y sgts.

## 2.5 LA TEORÍA DE LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

También es conocida como medición judicial de la pena o individualización de la pena, la cual, es la fijación por el Juez de las consecuencias jurídicas de un delito, según la clase, gravedad y forma de ejecución de aquellas, escogiendo entre la pluralidad de posibilidades previstas legalmente. ***La individualización penal no comprende únicamente, como el nombre parece indicar, la fijación misma de la pena, sino también la suspensión condicional de la pena, con las tareas y reglas de conducta, la advertencia con reserva de pena, la renuncia a la pena, la exención de pena, la imposición de medidas de corrección y aseguramiento, y el pronunciamiento de la pérdida de la ganancia y del comiso, así como la imposición de consecuencias accesorias.***

El problema de la determinación de la pena por parte del Juez se identifica en gran parte con el de los espacios de discrecionalidad asignados a la función judicial. La historia de sus soluciones se confunde, en consecuencia, con la del principio de legalidad de las penas expresadas en la máxima: *nulla poena sine lege*. Antiguamente, la determinación judicial de la pena se encontraba entregada a la discrecionalidad judicial, frente a la cual las disposiciones legales no sólo parecían prescindibles, sino más bien como obstáculo. En la actualidad, la medición judicial de la pena es considerada, sin excepción, como una aplicación del derecho basada en parte en reglas escritas y en parte en reglas no escritas.<sup>61</sup>

El dogma de la discrecionalidad del juez, que dominó sin contrapeso alguno la medición judicial de la pena por décadas, ha experimentado bajo estas circunstancias una evolución ulterior en dos direcciones. La concepción aún dominante sigue viendo a la determinación judicial de la pena como una decisión discrecional, pero la ha llenado y delimitado crecientemente con reglas jurídicas, a un punto tal que se puede hablar de una decisión discrecional vinculada al derecho.<sup>62</sup> Un paso más allá va una concepción desarrollada en los últimos años, la que ve a la medición judicial de la pena básicamente como aplicación del derecho, con reglas en parte escritas y en parte no escritas.<sup>63</sup>

La determinación de la pena representa la aplicación del derecho; ella exige continuamente la aplicación de reglas jurídicas (escritas y no escritas), ámbito en el cual los conceptos jurídicos indeterminados y la realización de ponderaciones valorativas juegan un papel de importancia. El proceso de concreción de la pena conduce desde el marco penal, concebido como una

---

<sup>61</sup> El estancamiento que la teoría de la determinación judicial de la pena sufrió, durante decenios, se debió decisivamente a su incapacidad de alejarse del dogma de la discrecionalidad del juez de la instancia en la fijación de las consecuencias del delito. El examen jurídico se restringía, en primer término, a supervigilar la observancia de los límites del marco punitivo aplicable. Si bien dentro de esta posición fundamental se fueron determinando paulatinamente ciertas reglas jurídicas particulares, ello no dio lugar a la elaboración de una dogmática clara para la medición judicial de la pena.

<sup>62</sup> En la doctrina alemana siguen esta posición Jescheck, Schmidhauser, Schonke – Schoroder – Stree y Lackner. Cfr. MAURACH, Ob Cit., Tomo II, Pág. 794.

<sup>63</sup> Así tenemos: Bruns, Frisch, Bottke y Zipf. Cfr. MAURACH, Ob Cit., Tomo II, Pág. 794.

escala de valor preestablecida para el respectivo tipo de ilícito, por medio del marco de culpabilidad por el hecho y hacia la medida definitiva de la pena, determinada conforme a criterios de prevención; de esta manera se ha obtenido un esquema de orden que garantiza un control racional – jurídico.

Su ejecución exige, en primer término, la fijación de los hechos que influyen en la determinación judicial de la pena, luego la precisión de la dirección de su valoración, su sopesación y la ponderación bajo criterios de culpabilidad y prevención y, finalmente, su transformación en concretas magnitudes punitivas; es decir, expresado brevemente, una valoración de un conjunto de circunstancias de hecho fijado regularmente en un proceso, conforme a criterios jurídicos.

En suma, la cuestión de la determinación de la pena reviste tal importancia, que sirve de piedra de toque para constatar hasta qué punto los postulados del Estado democrático de Derecho concurren en el momento decisivo del castigo.<sup>64</sup> La búsqueda de la pena justa se transforma así en el objetivo prioritario del sistema penal, una vez que se ve obligado a intervenir, pues antes de ese momento cumple otras funciones no menos importantes las de contramotivación, capaz de determinar un comportamiento ético – social.

### **2.5.1 LOS PRINCIPIOS O CRITERIOS INTERPRETATIVOS DE LAS REGLAS DE LA DOSIMETRÍA SANCIONADORA**

No es ocioso recordar, una vez más, que, según la Constitución, las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social, en respuesta a la evolución desde la pena-expiación a la pena tratamiento, superándose etapas en que la venganza, expiación, retribución y en suma el sufrimiento del delincuente agotaban la función de la pena. Hoy, acorde con las modernas técnicas penológicas, especialmente orientadas a la prevención especial e individual, se hace obligado revisar imaginativamente el catálogo de penas, para poner a disposición del juzgador un haz de posibilidades tan amplio como amplios van a ser los condicionamientos, comportamientos y respuestas para el logro de la predicada reeducación y reinserción, sin olvido de la paz social, elemento destacado de la prevención general.

No puede dejar de reconocerse el gran logro humanitario que supuso la pena carcelaria, sustituyendo respuestas al delito en las que la vida, la integridad física y moral de los condenados carecían de todo valor. Hoy no se puede cuestionar la existencia de la pena de privación de libertad en el catálogo de las penas.

Lo que indudablemente se puede cuestionar y es lo que vamos a hacer, es en qué condiciones se cumple esa pena, y si deben seguir sufriendo pena de prisión todas las personas a quienes hoy se aplica o, por el contrario, algunas o muchas de ellas podrían ser corregidas mediante el sometimiento a sanciones

---

<sup>64</sup> Cfr. **QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. “MANUAL DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL”, 2da. Edición, Editorial Aranzadi, Navarra – España, 2000, Pág. 709.**

alternativas que, sin dejar de defender el ordenamiento jurídico, garantizarían mejor la resocialización del sujeto y la prevención especial de la pena.

¿Son suficientes las alternativas que el juzgador peruano tiene hoy a su alcance cuando debe sancionar un hecho criminal?

De la lectura del catálogo de penas, de las medidas de seguridad, medidas de internamiento para enajenados, trastornados o beneficiados con eximentes incompletas, internamiento de menores, de las posibilidades de suspensión de la ejecución de la condena y de libertad condicional, así como de los tratamientos y beneficios penitenciarios, que se recogen en el Código Penal, y en el Código de Ejecución Penal, pudiera pensarse que son muchas y variadas las alternativas que se ofrecen al juzgador y ejecutor de penas para dar respuesta individualizada y adecuada a cada sujeto activo del hecho delictivo.

Sin embargo, la respuesta negativa ha de ser tajante. No sólo no son las suficientes, estando ausentes alternativas a la pena de privación de libertad reconocidas hace años en países de entorno social y cultural próximos, sino que las que están previstas no puede aplicarse, especialmente los internamientos y tratamientos sustitutivos de prisión, por inexistencia o insuficiencia de los centros que debieran acoger a los que les vengan indicadas.

Frente a ello, la individualización penal es un acto discrecional jurídicamente vinculada. En efecto, la fijación de la pena dentro de los límites del marco punitivo es un acto de discrecionalidad judicial. Sin embargo, esta discrecionalidad no es libre, sino que depende de principios individualizadores que en parte no están escritos.

Tales principios se infieren de los fines de la pena, en relación con los datos de la individualización. A continuación, comentaremos las más principales, todos ellos han sido ya mencionados en uno u otro lugar de la investigación y ahora se trata solamente de enumerarlos para una más clara sistematización.

#### **2.5.1.1 EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD**

La pena, lo mismo que el hecho en cuya realización o ejecución se funda no puede estar señalada sino por la ley (formal). Esta perentoria exigencia, que hoy hace parte de las normas constitucionales de los Estados civilizados, está igualmente incluida en los principales tratados de Derecho internacional penal y se encuentra en la base de la legitimación sociopolítica de las reacciones punitivas.

La legalidad de la pena es condición necesaria pero no suficiente de su legitimación. Para que esta legitimación no sea un pretexto formalista, se requiere del concurso de por lo menos tres condiciones esenciales:

Primera, que la ley no sea simple expresión formalizada de una caprichosa, omnímoda y unipersonal voluntad del soberano, sino el resultado de un proceso democrático en cuya elaboración participe realmente el pueblo, al menos por mecanismos internacionalmente reconocidos de representación

política en cuerpos colegiaos que puedan deliberar y decidir con independencia del ejecutivo.

Segunda, que la ley democráticamente expedida y promulgada, no se limite a señalar para ciertos hechos la imputación de penas criminales, sino que precise en qué condiciones, estas, es decir, cuál es su naturaleza, gravedad, duración y régimen de ejecución.

Tercera, que el contenido de la pena legal respete en grado máximo el principio de humanidad y en toda su integridad la dignidad del hombre como persona y libertad de conciencia.

El requerimiento de legalidad de la pena ofrece las mismas exigencias del principio de legalidad del delito, es decir, debe realizarse en una ley escrita, estricta, previa y determinada o cierta.<sup>65</sup>

Por otro lado, este principio genera las garantías siguientes:

- Garantía penal.- Solo la ley puede crear o agravar penas y jamás lo podrá hacer el Juez: *nulla poena sine lege*.
- Garantía criminal.- La pena legal solo puede ser la consecuencia jurídica de un hecho nocivo previamente definido como delito, en forma clara y completa, por la ley misma: *nulla poena sine crimen*.
- Garantía jurisdiccional.- La pena debe ser aplicada por órganos estatales independientes, imparciales y profesionales: *nullum crimen, nulla poena sine iudex*.
- Garantía procesal.- Nadie debería ser condenado a una pena criminal, sobre todo si afecta sus derechos fundamentales de vida y libertad, sino en virtud de sentencia judicial pronunciada al término de un proceso legal que pueda calificarse como *debido proceso*: *nulla poena sine iuditio legali*.

En suma, sea cual fuere la motivación última que tenga el sistema positivo, eso será en el fondo una opción político – criminal realizada por el que detenta el poder de legislar, y con independencia del fundamento y fin que se otorgue a la pena, es obvio que una concordancia entre las penas legalmente imponibles y el delito cometido siempre deberá existir. Con ello señalamos que no se postula un sistema de indeterminación legal absoluta o casi absoluta de las penas aplicables, sino que éstas deben estar claramente establecidas. El tema de la determinación judicial de las penas hay que centrarlo, pues, en las penas que prevé el Código y las condiciones que posibilitan la decisión de aplicarlas. Sería, claro está, más simple fiar la solución del problema al puro arbitrio judicial, pero estimamos que eso no puede permitirlo el Estado de Derecho, ya que es un riesgo que ningún ciudadano puede correr.

---

<sup>65</sup> Cfr. FERNÁNDEZ CARRASQUISLLA, Juan. “DERECHO PENAL FUNDAMENTAL”, Tomo II, 2da. Edición, Editorial Temis, Bogotá – Colombia, 1989, Pág. 463.

### 2.5.1.2 EL PRINCIPIO *NE BIS IN IDEM*

Muchas veces tenemos una concepción meramente incidental del principio del *ne bis in idem*, sin embargo, existe un desarrollo doctrinario que demuestra que éste se encuentra considerado dentro de las garantías orgánicas jurisdiccionales, precisamente en el mismo nivel de los llamados principios de proporcionalidad, principio de buena fe y de seguridad jurídica, conocidos como principios generales del Derecho; y de los principios procesales conocidos como: *nulla poena sine lege*, *nulla poena sine iudicio*, presunción de inocencia, principio del juez natural y el del derecho de defensa.

Siendo esto así, puede asumirse que el principio del *ne bis in idem* no es subsidiario de las demás garantías que protegen la libertad individual, pues no es un principio accesorio, ya que no nace del proceso, sino que existe antes de él, es un “regulador” del proceso judicial o del procedimiento administrativo. De ahí su importancia en la estructura del *ius puniendi* del Estado. De acuerdo a estos conceptos, podemos afirmar, que este principio es el sustrato que dinamiza la entidad de la cosa juzgada o la litis pendencia. El *ne bis in idem* viene a ser entonces, una garantía política protectora de la libertad individual y que sirve de sustento a estas excepciones. Es por ello, que las ejecutorias supremas nacionales como internacionales, basan sus sentencias –cuando aplican este principio- en normas constitucionales y en tratados internacionales de derechos humanos.

Ahora bien, cuál sería el origen constitucional del *ne bis in idem* en nuestro sistema jurídico peruano. Si hacemos un análisis de nuestra jurisprudencia, encontraremos muy poca información sobre el mismo. Sin embargo, se ha encontrado jurisprudencia, específicamente del Tribunal Constitucional peruano que ha venido aplicando sistemática y coherentemente este principio, en procedimientos administrativos, generados en algunos casos, por el fuero privativo militar.

En estos casos, el fundamento del Tribunal Constitucional se basa en la norma constitucional que corresponde a las llamadas garantías jurisdiccionales, específicamente a lo dispuesto en el numeral 13 del artículo 139º de la Constitución Política del Estado que señala que “*Son principios y derechos de la función jurisdiccional (...) la prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada (...)*”. Sin embargo, la pregunta que surge es, si esta norma constitucional abarca todo el significado que tiene la aplicación del *ne bis in idem*. Creemos que no, la norma constitucional abarca el *ne bis in idem* material, (protección del derecho de toda persona de no ser sentenciada nuevamente por un hecho que ya mereció sanción), más no el procesal, prohibición de doble persecución.

Asimismo, los Convenios Internacionales, recogen de una u otra forma el concepto del *ne bis in idem*. Así tenemos por ejemplo la cláusula 8.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como “Pacto de San José de Costa Rica” que señala que “*El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos*”. De igual manera, la cláusula 14 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles

y Políticos expresa que *“Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”*.

Con relación a estos dos convenios, es oportuno señalar que la formula utilizada por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, -mismo delito- es restrictiva en comparación con el término que utiliza la Convención Americana – mismos hechos-, que es un término más amplio en beneficio de la víctima. Esta diferencia, es realmente de suma importancia para la aplicación del principio aludido, pues, no se necesita recurrir al análisis restringido de si es el mismo delito (elemento de tipicidad), sino a los hechos que generaron la persecución estatal (elemento material).

Si revisamos la legislación europea, podemos citar el artículo 103 numeral 3 de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana, que señala que *“Nadie podrá ser penado más de una vez por el mismo acto en virtud de las leyes penales generales”*. Consideramos, que este precepto constitucional es el más acertado, pues, desarrolla un concepto más amplio para la aplicación del ne bis in idem; va más allá de la esfera de un proceso formal jurisdiccional, pues admite la protección en contra de sanciones que pueden ser aplicadas en el ámbito del derecho penal administrativo, por hechos que también se encuentran tipificados y sancionados como delitos en el Código Penal, es decir abarca a todas las *“leyes penales generales”*.

De otro lado, el artículo 4º del Protocolo Nº 7 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos y artículo 20 de la Declaración de los Derechos y Libertades Fundamentales adoptada por el Parlamento Europeo el 12 de abril de 1989, contemplan dentro de sus garantías jurisdiccionales el llamado principio del ne bis in idem.

Es importante señalar que la deficiente estructura que recogen las constituciones sobre el principio del ne bis in idem, no ha impedido que éste tenga un desarrollo realmente importante en términos de jurisprudencia. Así lo demuestra, por ejemplo, los casos resueltos por el TC español, que se sustentan en el artículo 25.1 de la Constitución Política Española, que señala que *“Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”*. Como podrá deducirse, esta norma constitucional es conocida como principio de legalidad, pero no impidió que el TC resuelva utilizando esta base constitucional, acciones de garantías donde se violentaron el principio del ne bis in idem, (SSTC 2/1981, 154/1990, 204/1996, 221/1997).<sup>66</sup>

Adicionalmente a ello, la Ley española del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, Ley 30/1992 publicada el 27 de noviembre de 1992, legisla el principio del ne bis in idem en el Artículo 133, Concurrencia de Sanciones, disponiendo que *“No se*

---

<sup>66</sup> Cfr. DE LAMO RUBIO, Jaime. *“PRINCIPIO “NON BIS IN IDEM Y EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE PROCESAL: EFECTOS DE LA INVOCACIÓN TARDÍA DE LA VULNERACIÓN DEL NE BIS IN IDEM”*. En: <http://Noticias.juridicas.com>.

podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento”, estructura que tiene afinidad con el numeral 10 del artículo 230 de la LPAG peruano.

Por otro lado, la administración pública, específicamente el Derecho penal administrativo ha entrado en real “competencia” con el Derecho penal, y desde esta perspectiva la LPAG peruana ha incorporado, siguiendo la vertiente española, un gran número de principios que tienen por finalidad la protección del administrado, en especial el principio del ne bis in idem.

Siguiendo la posición de Francisco Javier de León Villalba, ésta “competencia” se hace tangible en uno de los sectores donde con mayor claridad podemos observar el conflicto del Estado sancionador, nos referimos al Derecho Penal Económico. En este caso, sostiene este autor que “El problema se agudiza cuando se trata de la concurrencia de normas de diferentes órdenes normativos, que imponen sanciones ante una misma conducta antijurídica del sujeto”.<sup>67</sup>

Hay un desarrollo sostenido en materia jurisprudencial que pretende dar mayor cobertura al principio del ne bis in idem. La jurisprudencia nacional e internacional, viene dictando nuevas pautas de aplicación de éste principio, permitiendo su utilidad más allá del formalismo legal de activarla como base de la excepción de cosa juzgada o de litis pendencia.

En la página web del Tribunal Constitucional peruano se ha encontrado rica jurisprudencia en materia de aplicación del principio del ne bis in idem. El TC utiliza el nombre de non bis in idem. Tenemos por ejemplo, la STC N° 799-98-AA/TC del 30 de abril de 1999, donde se amparó un recurso extraordinario por violación del ne bis in idem exclusivamente en sede administrativa.

Los hechos son los siguientes: el demandante ocupó el segundo puesto en el concurso público para cubrir plazas vacantes de docentes y directores, convocado por la Ley N° 26815. Según Directiva N° 003-97-CN que regulaba el nombramiento de directores y docentes, se determinó que no era procedente el nombramiento de aquellos postulantes que, previo proceso administrativo, hubiesen sido sancionados con suspensión, separación temporal o definitiva del cargo; por lo tanto, el demandante no podía acceder a la plaza que había ganado, ya que había sido sancionado previamente.

Es interesante resaltar esta sentencia, para tener presente que este principio incluso va más allá de las consecuencias de sanciones impuestas en un procedimiento regular. En efecto, el TC consideró que esta Directiva, lo que hacía era “imponer una sanción adicional por el mismo hecho al servidor luego de haber cumplido la sanción administrativa impuesta en su oportunidad, lo cual atenta contra el principio del ne bis in idem, consagrado en el artículo 190° inciso 13) de la Constitución Política del Estado”. Como podrá deducirse, éste

---

<sup>67</sup> Cfr. DE LEÓN VILLALBA, Francisco Javier. “ACUMULACIÓN DE SANCIONES PENALES Y ADMINISTRATIVAS – SENTIDO Y ALCANCE DEL PRINCIPIO NE BIS IN IDEM”. Editorial Bosch, Barcelona – España, 1998, Pág. 12.



es un típico caso de extensión de una sanción más allá de su cumplimiento, prohibiendo el acceso a un concurso público de un profesor por el hecho de haber sido sometido a un procedimiento administrativo cuya sanción fue cumplida, ergo aplicar restricciones como el limitar el ejercicio de derechos ganados, por la existencia de una sanción previa, convierte a la sanción en in perpetuum.

Otra jurisprudencia del TC que merece mencionarse es el STC N° 490-00-AA/TC del 04 de diciembre de 2001. En este caso, el demandante solicitó al TC que se deje sin efecto una resolución de una Jefatura Regional de la Policía Nacional que ordenaba su pase a situación de disponibilidad por medida disciplinaria, al encontrarse incurso en la presunta comisión del delito de abandono del servicio y faltas graves, como el de obediencia y el deber profesional. Se le imputó, el haber permitido la fuga de un sujeto que tenía un proceso penal por delito de tráfico ilícito de drogas.

De acuerdo a la ejecutoria del TC, este funcionario había sido sometido a proceso administrativo y se le sancionó con doce días de arresto simple y ocho días de arresto de rigor, por estos hechos y que fueron cumplidos, incluso no fue comprendido en el proceso penal que se instauró a otros policías por la referida fuga. El TC concluyó que en este caso existe “una notoria y reiterada transgresión al principio non bis in idem o prohibición de ser sancionado dos veces por la misma causa, pues (...) el demandante ya había sido sancionado con doce días de arresto simple, no se le podía volver a sancionar por los mismos hechos, como ha ocurrido en el presente caso, en que luego de haber sido cumplida la citada sanción, posteriormente le fue aplicada otra, de ocho días de arresto de rigor y una tercera, que precisamente consiste en el cuestionado pase a la situación de disponibilidad”. Con esta sentencia se protege la prohibición de imponer doble sanción por un mismo hecho.

Es importante mencionar también para ir identificando la esfera de acción del principio del ne bis in idem, la STC N° 008-001-HC/TC del 19 de enero de 2001, derivada de un habeas corpus contra el Consejo Supremo de Justicia Militar por amenaza de violación de derecho constitucional de la libertad individual.

El demandante fue sometido a un proceso judicial, donde fue absuelto por delito de tráfico ilícito de drogas en su modalidad de encubrimiento personal. También el mismo sujeto fue sometido a un procedimiento en el Fuero Privativo Militar por delito de evasión de presos, donde se le condenó a pena privativa de libertad.

El fundamento del TC es sumamente importante. Sostiene que el proceso penal que se le siguió ante el Consejo Supremo de Justicia Militar fue irregular pues sobre los mismos hechos ya había sido absuelto previamente mediante sentencia ejecutoriada expedida por la Cuarta Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República. En este caso, el TC sostuvo que el proceso ante la justicia militar se llevó a cabo “(...) con evidente infracción del principio del non (sic) bis in idem”. La defensa esgrimida por el Consejo Supremo de Justicia Militar fue la siguiente: Que no existía identidad de

fundamento, pues en su jurisdicción se instauró proceso por evasión de presos, mientras que en la vía civil por delito de tráfico ilícito de drogas en su modalidad de encubrimiento.

El TC no se fijó en el tipo penal que se imputó al accionante para instaurarle el proceso penal, sino en que “la afectación de bienes jurídicos por los cuales se les juzgó en dichas sedes, son enteramente semejantes en tanto que en ambos casos la potestad punitiva del Estado estuvo dirigida a sancionar la responsabilidad penal del accionante derivado de la fuga de internos de un Establecimiento Penal”. Con la presente sentencia, se deja en claro, que si el bien jurídico tutelado es el mismo que busca protección en dos ámbitos de punición, sólo cabe al Estado instaurar una sola imputación, pues el principio del ne bis in idem no permite que se pueda instaurar un doble proceso con el argumento de tener tipificaciones distintas en los ámbitos de punición, cuando lo que se trata es de proteger un único bien jurídico (identidad de fundamento).

También es bueno resaltar la sentencia expedida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de la señora Loayza, quien fue procesada por delito de Traición a la Patria en el Fuero Militar, habiendo sido absuelta por el Consejo Supremo de Justicia Militar al no haberse acreditado que había cometido dicho delito. En mérito a esta absolución, se dispuso que dicha persona debía pasar al fuero civil, porque existía elementos de juicio del delito de terrorismo. El Tribunal Especial sin rostro del Fuero Común condenó a la señora Loayza a la pena de 20 años de pena privativa de libertad por delito de terrorismo. Una de las conclusiones, (numeral 77) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos fue, que al ser juzgada en la jurisdicción ordinaria por los mismos hechos por los que había sido absuelta en la jurisdicción militar, el Estado peruano violó la garantía judicial establecida en el artículo 8.4 de la Convención Americana, es decir el principio del ne bis in idem.

Con esta sentencia, lo que se protege es la prohibición de doble sometimiento o doble persecución, lo que implica que el Estado tiene una sola oportunidad de instruir un procedimiento contra el sujeto que ha violado las normas de protección “del orden social”. Esta prohibición, es conocida en la jurisprudencia de EEUU como double jeopardy clause. En efecto, la jurisprudencia de Estados Unidos de Norteamérica, también ha sentado muchos precedentes en materia de aplicación del principio del ne bis in idem que incluso derivó que se incorpore a la 5ta. Enmienda de la Constitución política de éste país, una cláusula disponiendo que “Nadie será sometido por el mismo delito dos veces a un juicio que puede causarle la pérdida de la vida o de algún miembro”.

Sin duda, podemos encontrar rica jurisprudencia sobre los alcances de aplicación del principio del ne bis in idem, pero el efecto que se busca con citar tanto las sentencias del TC peruano, como la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es que debe quedar claro que el atributo de sanción del Estado es único, y por lo tanto éste tiene una sola ocasión para perseguir un delito.

Por otro lado, hoy en día en el Perú existe un catálogo de tipos penales que tienen como base la complementariedad en normas administrativas (que pueden ser de tipo normativo conceptual, de accesoriedad de derecho y de accesoriedad de acto), al mismo tiempo, existe un catálogo de normas administrativas cuyas infracciones y sanciones tienen elementos normativos del injusto penal, y por lo tanto son reclamadas en el ámbito jurisdiccional. Tenemos por ejemplo, por citar algunos casos, el abuso de información privilegiada, en el ámbito del mercado de valores y no llevar libros y registros en el ámbito tributario, cuyas descripciones típicas tienen la misma estructura como delitos e infracciones administrativas.

Actualmente hay un gran desarrollo del concepto de administración pública, que ha derivado en la creación de diferentes organismos cuya función es hacer cumplir los lineamientos del gobierno, o en términos más amplios, las finalidades del Estado. Hay todo un desarrollo sistemático de un conjunto de normas y principios que convierten a la Administración en “un sujeto de Derecho, un destinatario de normas; pero en cierto modo es también un órgano creador del Derecho y un aplicador ejecutivo que ostenta poderes materialmente análogos a los de los legisladores y jueces”.<sup>68</sup> Siendo esto así, el principio del *ne bis in idem* cobra mayor vigencia, dentro de la estructura de una sociedad moderna, a fin de que la Administración no sea un medio del Estado para convertir actos administrativos en mecanismos coercitivos atentatorios contra los derechos humanos, por lo que, la tendencia es que debe buscarse reglas de compatibilidad entre la potestad sancionadora de la administración con la jurisdicción penal, y por ello mismo, la compatibilidad de la sanción administrativa con la penal.

Todo este razonamiento nos lleva a precisar que el principio del *ne bis in idem*, delimita mediante su accionar y prohíbe por tanto que se pueda instaurar un proceso, si ya se está juzgando en esos momentos, o si ya se ha juzgado. El problema surge, cuando se tiene que determinar la prevalencia del proceso (uno judicial y otro administrativo) donde existe identidad de sujeto, identidad de hecho y fundamento.

En doctrina se ha sostenido la primacía del derecho penal frente al derecho administrativo sancionador, a pesar de que hubo una tesis (modelo francés) donde se daba la posibilidad de que la administración plantee conflictos de competencia con la jurisdicción penal. Esta tesis tuvo sustento, en la medida en que se había experimentado un desarrollo “competencial del derecho administrativo en todas las ramas o actividades del Estado”.<sup>69</sup>

---

<sup>68</sup> Cfr. PARADA VASQUEZ, Ramón. “DERECHO ADMINISTRATIVO, Tomo I, Editorial Marcial Pons, Madrid – España, 1997, Pág. 42.

<sup>69</sup> Ramón Parada, sostiene que las organizaciones burocráticas sirven de soporte a los poderes públicos distintos de las administraciones territoriales, como las Cortes de Justicia, el Parlamento, el Tribunal Constitucional, el Defensor del Pueblo, Ministerio Público, por lo que la vigencia de estas organizaciones está basada en la eficiencia y respuestas que dan a los problemas que enfrenta el Estado en sus fines políticos - económicos. Sobre ello, Juan Terradillos Basoco en la Conferencia pronunciada dentro del III Congreso Internacional de Derecho penal, organizado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Universidad de Salamanca (1998) sobre “Técnicas de articulación entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo frente a la delincuencia económica”

Sin embargo, la primacía de la jurisdicción penal ha primado a la fecha y se basa, no en meras consideraciones cronológicas sobre las relaciones entre el procedimiento administrativo sancionador y el proceso penal, sino en la relación sustancial de los valores en conflicto, que exige la primacía del proceso penal esté o no en curso el procedimiento administrativo. Esta primacía se evidencia aún más cuando la administración trata de iniciar una investigación por un hecho que el Juez penal ha declarado el sobreseimiento por no haberse probado o porque es inexistente la infracción, en cuyo caso, la administración no podrá instaurar el procedimiento sancionador, regla que no funciona a la inversa, pues está claramente establecido que los hechos sancionables en sede administrativa no vinculan a la jurisdicción penal.

En ese sentido, no es admisible que la administración inicie investigación o procedimiento sancionador en aquellas situaciones en que los hechos puedan ser constitutivos de delito según catálogo del Código Penal; incluso el funcionario público, está obligado a poner en conocimiento la infracción penal ante la autoridad judicial competente, pues de lo contrario estaría siendo pasible del delito contra la administración de justicia (omisión de denuncia).

Pero esta tendencia, no siempre ha funcionado legislativamente, pues vamos a encontrar normas que sancionan determinadas conductas que también son reclamadas penalmente. El esquema que se utiliza está basado en que la sanción administrativa es “independiente de la responsabilidad de naturaleza civil o penal que se derive de las infracciones”. Esta especie de remisión que crea una primacía del derecho administrativo sobre lo penal la encontramos en un gran número de normas administrativas como por ejemplo en el artículo 347° de la Ley del Mercado de Valores, Decreto Legislativo 861; artículo 39° de la Ley sobre Protección al Consumidor, Decreto Legislativo 716; artículo 240° de la Ley de Propiedad Industrial, Decreto Legislativo 823; artículo 173° de la Ley sobre Derecho de Autor, Decreto Legislativo 822, y artículo 190° del Código Tributario, Decreto Legislativo 816, por lo que, se puede sostener que en el caso peruano, hay legislación que establece que es posible acumular sanción penal y administrativa, dando prioridad en materia de prelación al derecho penal administrativo.

Actualmente existen dos teorías contrapuestas con relación a este conflicto de procedimientos. Aquellos, que defienden la tesis de la “administrativización del Derecho penal” que sostienen, que la autoridad administrativa debe ser la que tome la iniciativa, por cuanto: i) los hechos se encuentran bajo su supervisión (competencia legal); ii) conocen mejor los aspectos técnicos y por tanto son especializados en las actividades materia de su competencia y iii) la administración responde con inmediatez y con eficacia, para restituir los efectos perversos producidos por los hechos violatorios de las normas administrativas.

---

**sostuvo que a pesar de la importancia reconocida a tales iniciativas, ningún sistema jurídico – positivo renuncia a la utilización de los medios de incentivación, planificación, control y sanción con que cuenta la Administración Pública, para dirigir y orientar, en positivo, los mecanismos propios del sistema de mercado, o para, en su caso sancionar los compartimientos infraccionales.**

Diríamos que esta posición se encuentra plenamente identificada y vigente en la Ley Penal Tributaria. En efecto, el artículo 7º de la mencionada Ley señala que el Ministerio Público, en los casos de delito tributario, podrá ejercitar la acción penal sólo a petición de parte agraviada, para ello se considera parte agraviada al Órgano Administrador de Tributo. De acuerdo a esta norma, la autoridad administrativa previamente efectúa un requerimiento e impone una sanción, para después “decidir” si los hechos sancionados merecen o no ser de conocimiento del Ministerio Público. La pregunta que surge es, si esta norma viola o no el principio de legalidad, el debido proceso y el principio del ne bis in idem, creemos que sí, pues bajo este esquema existe la posibilidad de la aplicación no sólo de dos sanciones, sino el sometimiento a un doble procedimiento, hay por tanto, un alto riesgo de doble persecución.

Pues bien, una segunda tesis es que la prevalencia debe ser del Ministerio Público. Al hacer una interpretación extensiva del principio contenido en la LPAG diremos que esta ley, si bien, no precisa con meridiana claridad la prohibición de ejercitar la acción en “otra vía”, sin embargo, señala que no se puede imponer “sucesiva o simultáneamente” una pena y una sanción administrativa, lo que nos indica que alguien tiene que dejar la posta al otro. Se asume entonces, que la autoridad administrativa es la que debería abstenerse del procedimiento administrativo, cuando se dan estos tres elementos a que se refiere el numeral 10 del artículo 230 de la LPAG, ello, en base al atributo que tiene el Ministerio Público, de ser el titular de la acción penal, persigue el delito y tiene la facultad de determinar si formaliza o no la denuncia penal. Usando este razonamiento, diremos que el problema de prelación estaría zanjado al darle al Ministerio Público la posibilidad de ejercitar la acción penal.

Hubo un intento de resolver este problema de prevalencia, a fin de dar solución a la aplicación del ne bis in idem procesal. Nos referimos a la Ley 27146 del 24 de junio de 1999, que modificó en parte la Ley de Reestructuración Patrimonial (Decreto Legislativo 845) hoy derogada por la Ley 27809, Ley General del Sistema Concursal.

El último párrafo de la Décima Disposición Complementaria de esta Ley 27146, dispone que en los casos que con motivo de haberse incurrido en cualquiera de las causales<sup>70</sup> y se hubiera impuesto sanción administrativa al infractor, no cabe el inicio de la acción penal por tales hechos. Sin embargo, cuando a criterio de la Comisión la infracción observada reviste especial gravedad, ésta deberá inhibirse de pronunciarse sobre el caso y poner los actuados a disposición del Ministerio Público para los fines correspondientes.<sup>71</sup>

---

<sup>70</sup> Se refiere a las facultades de la Comisión de Reestructuración Patrimonial, hoy Comisión de Procedimientos Concursales de INDECOPI, para imponer sanciones en los casos de que se acreditara que el deudor, la personas que actúa en su nombre, el administrador o el liquidador que, en un procedimiento de insolvencia, procedimiento simplificado o concurso preventivo, realizara las siguientes conductas: i) Ocultamiento de bienes, ii) Simulación, adquisición o realización de deudas, enajenaciones, gastos o pérdidas y iii) Realización de actos de disposición patrimonial o generador de obligaciones, que no se refieran al desarrollo normal de su actividad.

<sup>71</sup> Al haberse publicado la nueva Ley General del Sistema Concursal, se entiende que esta disposición complementaria de la Ley 27146 sigue vigente, a tenor de la Única

Puede decirse, interpretando esta Disposición Complementaria, que al surgir el conflicto de procedimiento sancionador por un mismo hecho, si bien, para los efectos de determinar la vía apropiada, la fórmula utilizada contiene un elemento subjetivo de calificación por parte de la Comisión de Procedimientos Concursales, creemos que es un buen adelanto normativo que ayudará a futuras legislaciones a perfeccionar este tema.

Es en todo caso, una regulación imperfecta, pues lo lógico sería que fuera el Ministerio Público el que califique. Un escollo importante que se presenta y del cual se sustentan aquellos que dan preeminencia a la vía administrativa, es, sí los miembros del Ministerio Público se encuentran debidamente entrenados para manejar temas exclusivamente vinculados con los llamados delitos económicos. Creemos que esto se encuentra en relación directa con políticas de capacitación y con la creación de Fiscalías Especializadas en delitos económicos, lo que posibilitaría la búsqueda de criterios de unidad y coordinación en la aplicación de normas administrativas y penales que tienen la misma estructura de sanción (tipicidad y bien jurídico protegido).

De lo expresado anteriormente, se puede deducir que el derecho penal económico viene a ser un punto neurálgico entre la actividad del derecho administrativo sancionador y los órganos de administración de justicia. Este conflicto surge por requerimiento de dos ámbitos competenciales diferentes, que pueden generar una actitud de indefinición por parte del propio sistema de punibilidad del Estado (capacidad sancionadora) y de indefensión para el administrado, contra quien se encuentra latente la posibilidad de que se le puede aplicar una doble carga persecutoria.

Como un primer acercamiento a las posibles soluciones que pueden plantearse, creemos que debe buscarse formas de articulación penal-administrativa, teniendo en cuenta que muchas de las conductas penales encuentran su complemento en el derecho administrativo sancionador. Tenemos por ejemplo, los delitos tributarios, los de información privilegiada, las de protección al consumidor, la protección de los derechos de autor, delitos contra la propiedad industrial, todos estos delitos, conocidos en doctrina como delitos especiales, tienen su complemento en la legislación administrativa. Esta estrecha relación siempre genera colisiones que son eminentemente de carácter práctico, es decir, lo que debe hacerse es admitir oportunamente, cuando un sujeto es pasible de una sanción penal o administrativa.

Como segundo tema, debe buscarse criterios de coordinación y coherente distribución de los campos de protección que corresponde a cada parcela sancionadora, para ello se necesita contar con instrumentos legales especializados, capaces de dar respuestas rápidas y acordes con la sociedad

---

**Disposición Derogatoria de la Ley General del Sistema Concursal, que dispone que se deroga el Decreto Legislativo N° 845 y la Ley N° 27146 y sus normas modificatorias, con excepción de sus disposiciones complementarias, finales, modificatorias y transitorias que mantienen plena vigencia en todo lo que no se oponga a la presente Ley.**

actual, que amplíen el radio de acción de la sanción penal.<sup>72</sup> Debe comprenderse, que el estado necesita legislar, necesita estar a la misma altura que el desarrollo de la tecnología moderna o tener respuestas cada vez más adecuadas ante una sociedad colectiva donde se ha incrementado riesgo, como por ejemplo el control de redes de información, protección del medio ambiente, el problema de la información privilegiada, etc.

Otro punto relevante es la posibilidad de poder construir un mecanismo de coordinación en la actuación de todos los órganos sancionadores, a fin de que la aplicación del principio, en sus términos actuales no pueda causar un efecto perverso o pernicioso desde todos los puntos de vista. Por ejemplo, debe existir comunicación entre el órgano judicial y el administrativo, para que en los casos donde no existe relevancia penal, se pueda decidir si debe iniciarse o continuar el expediente sancionador administrativo.

Pues bien, de los tres elementos que contiene este principio, pasemos a analizar dos de ellos que vendrían a ser los que podrían generar conflictos y que su no delimitación podría violar el principio del *ne bis in idem*.

#### **a. Identidad de sujeto**

Uno de los problemas que es identificable y que puede producirse por la aplicación de este principio, está relacionado con la aplicación de sanciones en ambas parcelas (penal y administrativa) cuando se trata de personas jurídicas. En el Derecho penal general, como sabemos no es imputable la comisión de delitos a la persona jurídica, (principio del *societas delinquere non potest*). El Código Penal señala, -aunque en doctrina ya es un tema que viene siendo superado-, que el representante legal de la empresa, es el responsable y por tanto pasible de una sanción penal, así lo elementos especiales que fundamentan la penalidad no concurran en él sino en la persona jurídica (artículo 27° del mencionado Código).

Es el caso mencionar, que el Código Penal ha tratado de sancionar “indirectamente” a la persona jurídica utilizando para estos efectos, las llamadas consecuencias accesorias, cuya descripción se encuentra en el artículo 105° -De la Reparación Civil y Consecuencias Accesorias- del referido Código. Algunos, sostienen que es una verdadera regla que expresa penas y medidas de seguridad, mientras que otros, sostienen que estas “medidas” realmente son un híbrido de responsabilidad e irresponsabilidad de la persona jurídica que el legislador ha incorporado en el Código Penal peruano, tomando como modelo la propuesta del Anteproyecto del Código Penal español del año 1983.

---

<sup>72</sup> Sobre las causas de una expansión del derecho penal., Jesús María Silva Sánchez, en su monografía “La Expansión del Derecho Penal - Aspectos de Política criminal en las sociedades postindustriales” Editorial Civitas Ediciones, Segunda Edición, 2001, sostiene que han surgido “nuevos intereses” de protección del Derecho Penal, producto de la formación de nuevas realidades que antes no existían o el deterioro de realidades tradicionalmente abundantes y que en nuestros días empiezan a manifestarse como “bienes escasos”, atribuyéndolos ahora un valor que antes no lo tenían, por ejemplo el medio ambiente. Estos nuevos intereses son conocidos en doctrina como bienes colectivos.

Puede darse el caso que el elemento material del tipo penal está en la persona jurídica o en ambos, tanto persona jurídica como sus representantes. En estos casos, para el Código Penal peruano el tema estaría zanjado, se sanciona a la persona natural y no se genera castigo alguno a la persona jurídica (no hay un caso, que se sepa, mediante el cual el Poder Judicial haya aplicado la sanción indirecta a la persona jurídica, salvo que ahora se aplique a los canales de televisión que utilizaron sus infraestructuras para favorecer una tercera reelección de Alberto Fujimori, a cambio de dinero). Pero, qué pasa si el mismo hecho es también reclamado por el órgano administrativo sancionador. En este caso, podría suceder lo siguiente:

i) La administración, en aplicación del principio del *ne bis in idem*, se inhíba completamente del caso y remita los actuados al Ministerio Público; o,

ii) El órgano administrativo sancione a la persona jurídica y remita los actuados al Ministerio Público para la investigación y sanción al representante de la persona jurídica. En este caso, no se podría alegar doble persecución, pues son personas distintas.

Como nada está definido en este tema, puede en esta clase de situaciones buscarse una salida, mediante la cual se sancione en sede administrativa a la persona jurídica y se remita los actuados al Ministerio Público para la investigación del o los responsables que en nombre de la persona jurídica han cometido una infracción penal.

#### **b. Identidad de fundamento**

Otro problema que surge de la aplicación de este principio es el fundamento de la sanción. Un análisis simple del tema, nos dirá que no hay un fundamento igual entre la imputación de un tipo penal con un tipo administrativo. Claro está que no habrá identidad en su sentido literal (reproducción exacta en el catálogo penal y administrativo de la falta), sin embargo, sólo como ejemplo –ya se ha mencionado anteriormente- tanto en materia tributaria, como en el mercado de valores, existen tipos jurídicamente iguales, que pueden ser reclamados por el Derecho penal como por el Derecho sancionador administrativo.

Tenemos por ejemplo, el uso de información privilegiada. El numeral 1.11 del Anexo I del Reglamento de Sanciones (aprobado mediante Resolución CONASEV N° 055-2001-EF/94.10 del 24.10.2001 que regula las infracciones en el mercado de valores), como el artículo 251-A del Código Penal, tienen la misma estructura jurídica, incluso el Reglamento de Sanciones habla de “*uso indebido*” mientras que el Código Penal habla de “*uso de información privilegiada*”.

De acuerdo a la doctrina como a la jurisprudencia, la fórmula para encontrar la solución a este problema, debe buscarse en el bien jurídico que se pretende proteger tanto por el tipo penal administrativo como el penal. Un claro ejemplo, es la sentencia del TC N° 008-001-HC/TC del 19 de enero de 2001, derivada de un habeas corpus contra el Consejo Supremo de Justicia Militar.



Como se ha señalado, en este caso el TC consideró que *“la afectación de bienes jurídicos por los cuales se les juzgó en dichas sedes, son enteramente semejantes...”*, independiente, claro está de la descripción literal del tipo penal.

Por ejemplo, en el tema de información privilegiada, a mi entender, el bien jurídico que tutela ambos tipos: tanto el penal como el administrativo, es el correcto funcionamiento del mercado de valores; es un bien jurídico único, por lo tanto en este clase de infracciones estaríamos ante la disyuntiva por cual de estas vías debe optar la administración. Si se aplica el principio del *ne bis in idem*, tal como debe suceder, en mi opinión debe remitirse los actuados al Ministerio Público para la formalización de la denuncia ante el Poder Judicial y por tanto la administración debe inhibirse del caso. En la legislación española, se ha solucionado este problema con la fijación de una cuantía (condición objetiva de punibilidad), que permite determinar cuándo la infracción es investigada en sede administrativa y cuándo en el Poder Judicial, cuantía que no ha fijado nuestra legislación nacional.

#### **2.5.1.3 EL PRINCIPIO DE IGUALDAD**

En igual medida que la individualización de la pena ha de servir también a la concreción del delito, el Juez debe procurar asimismo no infringir el principio de igualdad. Este principio exige que en la individualización de la pena no se hagan distingos arbitrarios, ej: es inadmisibles, por ello, la elevación de la pena con el argumento de ser extranjero el acusado, o la consideración agravatoria de la experiencia de años en el tráfico por parte del autor imprudente, o de la elevada posición social del autor de un delito de la circulación, o de la juventud de la víctima en ese delito.

La jurisprudencia comparada es, no obstante, justamente cauta en la consideración de supuestas infracciones del principio de igualdad. De un lado, se requiere que la existencia de consideraciones ajenas al caso resulte evidente; por principio, el acusado sólo tiene derecho a que se respete el marco legal. De otro lado, no se entiende como vulneración del precepto de igualdad la distinta praxis de individualización penal en los diversos tribunales, así como tampoco el cambio de esa praxis dentro de una misma sala.

#### **2.5.1.4 EL PRINCIPIO DE LA MOTIVACIÓN DE LA PENA**

Es opinión unánime que el Juez debe describir las circunstancias que han sido determinantes para la medición de la pena. Conforme a ello, el Juez debe exponer las circunstancias que para él han sido efectivamente decisivas en la determinación de la pena.

Para este principio no se trata de la exposición de aquellas circunstancias que han sido determinantes para la efectiva determinación de la pena por parte del Juez, sino de garantizar una fundamentación correcta y completa de la medición judicial de la pena.

Se trata entonces de la cuestión relativa a la manera en que debe fundamentarse la determinación judicial de la sanción, para que pueda ser

considerada como una solución material y jurídicamente inobjetable de esta tarea de medición. Este principio debe posibilitar, en especial, la revocación de una insuficiente fundamentación de la medición judicial de la pena por ser incompleta.

En tal medida, la obligación de fundamentación exige incorporar los hechos que influyen en la determinación judicial de la pena y su valoración jurídica en la fundamentación de la sentencia, de manera que permita constatar si se ha seguido el camino correcto hacia la medida de la pena.

## 2.6 ETAPAS DE LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

El proceso de individualización penal se descompone en la determinación de los fines de la pena, la constatación de los hechos referidos a tal individualización y la discusión acerca de las consideraciones sobre la repetida individualización. El camino que debe seguir el Juez a cargo de la determinación judicial de la pena atraviesa tres fases.<sup>73</sup>

En efecto, la determinación de la pena entendida como un proceso de concreción de la ley es una actividad que tiene como punto de partida la descripción abstracta y general que caracteriza la conminación, despliega su eficacia en la irrogación y culminación durante la ejecución del mal amenazado.<sup>74</sup> Al respecto, comentaremos las siguientes tres fases:

**PRIMERA FASE.-** También es conocida como determinación del marco punitivo aplicable; esta fase tiene su punto de partida en la subsunción típica. Por la descripción típica sabemos la clase de pena que el legislador ha previsto para el delito (privativa de libertad, limitativa de derechos o pecuniaria) y por lo tanto, cualquiera que sea la medición concreta que de ella se haga siempre, tanto el autor como los partícipes, deberán sufrir penas de esa clase. En suma, en una primera etapa, la actividad del Juez se circunscribe a identificar la pena básica, esto es, reconocer de modo específico cuál es el mínimo y el máximo de pena que puede ser aplicado al delincuente.<sup>75</sup>

---

<sup>73</sup> Para Zaffaroni la idea tradicional de individualización de la pena considerada como un proceso con tres etapas, no responde al marco de un estado constitucional de Derecho, sino a una distribución de tareas extrañas al hoy generalizado sistema de control de constitucionalidad (Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro. “DERECHO PENAL. PARTE GENERAL”, Volumen II, Editorial Ediar, Buenos Aires – Argentina, 2000, Pág. 949). Sin embargo, en la determinación se persigue esencialmente decidir *qué clase de pena* corresponde imponer a un determinado hecho y *qué magnitud* es pertinente imponer atendiendo a las circunstancias concurrentes. De ahí surgen las dos especies de determinación de la pena, *cualitativa*, que viene prefijada por la ley, y *cuantitativa*, que corresponde al juez realizar.

<sup>74</sup> Cfr. GILL S. Hipólito. “LA INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LA PENA”, Gabinete de Estudios Culturales, San José – Costa Rica, 1996, Pág. 17. sobre la poca atención de la doctrina nacional sobre las etapas del proceso de determinación judicial de la pena, véase: PRADO SALDARRIAGA, Víctor. “LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO EN EL PERÚ”, Editorial Gaceta Jurídica, Lima – Perú, 2000, Págs. 99-100.

<sup>75</sup> Generalmente la pena básica coincide con la llamada pena – tipo que es la pena legal, abstracta o conminada, fijada por el legislador para el delito cometido (Cfr. LLORCA ORTEGA, José. “MANUAL DE DETERMINACIÓN DE LA PENA CONFORME AL CÓDIGO PENAL DE 1995, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia – España, 1996, Pág. 19).

**SEGUNDA FASE:** Conocida como la medición concreta de la pena. Mientras en la primera fase, el marco punitivo contiene la valoración abstracta de la materia ilícita por el legislador, en esta segunda fase, el marco de la culpabilidad representa la concreta valoración que el Juez hace de la culpabilidad por el hecho respecto del acusado de la conducta materia de la acusación. De esta manera, la culpabilidad representa la porción del régimen legal de la pena que equivale al contenido concreto del ilícito y de la culpabilidad del hecho. El Juez llega al marco de la culpabilidad, mediante la clasificación del hecho concreto dentro del esquema de valoración preestablecida por el régimen legal.<sup>76</sup>

Aquí el Juzgador se dedica a individualizar la pena concreta. A él le corresponde ahora desplazarse entre el mínimo y el máximo de la pena básica. Es el momento de evaluar las circunstancias del caso, así como, los diferentes indicadores que se detallan en los artículos 46° y 46°A.<sup>77</sup> Como regla, los Tribunales pueden moverse, dentro del tiempo de total duración de la pena, con toda libertad de determinación, en atención a las circunstancias del hecho y del autor.<sup>78</sup>

**TERCERA FASE.-** Aquí el Juez complementa la individualización alcanzada de la pena, revisando su extensión en base a la concurrencia eventual, de otros indicadores particulares o circunstancias cualificadas y que suelen autorizar al órgano jurisdiccional a ubicar la pena concreta por debajo o por encima de los límites de la pena básica o conminada. Durante la etapa tercera, la decisión preventiva, el Juez reduce las diversas magnitudes penales derivadas bajo el punto de vista de la adecuación a la culpabilidad, a una correcta magnitud de pena definitiva, con fines preventivos.

De esta manera, las diversas magnitudes punitivas obtenidas mediante el punto de vista de la culpabilidad se reducen, a los efectos de la correcta decisión de prevención, conduciendo a una magnitud punitiva definitiva, que satisface, de la mejor manera, los intereses preventivo – especiales en el caso particular y, excepcionalmente, los intereses preventivo – generales.<sup>79</sup>

En suma, *el camino hacia una medida correcta de la pena conduce, desde el marco punitivo acertadamente investigado, mediante la concreta*

---

<sup>76</sup> El alcance de la culpabilidad se adecua dentro de un límite máximo y otro mínimo; dentro de estas fronteras están las magnitudes punitivas que el Juez debe seleccionar, según puntos de vista preventivos.

<sup>77</sup> Cfr. PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Ob. Cit., Pág. 102. Por otro lado, debemos señalar lo que la Corte Suprema sobre este punto ha establecido: *“Para los efectos de la imposición de la pena al acusado, debe tenerse en cuenta el marco legal de pena que se señala para el delito; así se debe señalar que no abona a favor del acusado ninguna circunstancia atenuante de orden sustantivo ni procesal, que justifique una pena inferior al mínimo legal, pues si nos atenemos a los criterios genéricos y específicos que deben tenerse en cuenta al momento de la determinación judicial de la pena, contenidos en los arts. 45 y 46 del C.P., se establece que el agente al momento de los hechos no tenía carencia sociales...”* (Exp.2412-99).

<sup>78</sup> Cfr. QUINTERO OLIVARES. Ob. Cit., Pág. 718.

<sup>79</sup> Cfr. MAURACH. Ob. Cit., Tomo II, Pág. 695.

*valoración de la culpabilidad y hacia una decisión de prevención adaptada a la adecuación de la culpabilidad, orientada conforme a las necesidades político – criminales concretas.* La concreta valoración de la culpabilidad por el hecho y la decisión de prevención no se realizan, por consiguiente, de una manera libre, sino dentro de ciertos límites preestablecidos. La valoración de la culpabilidad se debe mantener entonces dentro del marco punitivo aplicable y no puede exceder de éste; ya que es el fundamental principio de la cooperación basada en la división del trabajo entre el legislador y el Juez, con ocasión de la determinación de la pena.<sup>80</sup>

## **2.7 LAS CIRCUNSTANCIAS PREVISTAS EN LOS ARTÍCULOS 45 Y 46 DEL CÓDIGO PENAL**

El Código Penal ha establecido las bases de la determinación judicial de la pena, en los artículos 45° y 46° del texto punitivo. Así, en el art. 45° del C.P., indica que: *“El juez, al momento de fundamentar y determinar la pena, deberá tener en cuenta:*

- 1. Las carencias sociales que hubiere sufrido el agente;*
- 2. Su cultura y sus costumbres; y*
- 3. Los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen”.*

Como se sabe, la amenaza o lesión sufrida por el bien jurídico es la pauta utilizada en la ley para introducir las escalas punitivas aplicables a las distintas figuras delictivas, de tal manera que todo tipo penal envuelve una afección al mismo (art. IV T.P y art. 11 C.P.); asimismo, el Juez debe tener presente el grado de culpabilidad, esto es, debe precisar cuál es el grado de exigibilidad achacable al autor del injusto.

Sobre el inc. 1 del art. 45° del C.P. se basa en la figura de las relaciones sociales. Sin embargo, en otras legislaciones como la colombiana, se establece al sentido contrario que nuestra norma, es decir, ven en la posición distinguida del autor, la cual, no ha sido considerado en nuestra legislación como base genérica de la determinación judicial de la pena, sino como integrante de diversos supuestos de hecho, caracterizados justamente por la dignidad o cargo ostentado por el autor.

Volviendo a este inciso, la Exposición de Motivos del Código Penal precisa que este inciso consagra el principio de la co –culpabilidad social en la comisión del delito cuando prescribe que el Juzgador deberá tomar en cuenta las carencias sociales que hubieran afectado al agente. De esta forma nuestra colectividad estaría reconociendo que no brinda iguales posibilidades a todos los individuos para comportarse con adecuación a los intereses generales, aceptando una responsabilidad parcial en la conducta delictiva.

---

<sup>80</sup> Como podemos deducir en el Derecho nacional se concede al Juez un arbitrio amplio, aunque relativo, para cumplir con su tarea funcional de individualizar en el caso concreto la pena aplicable.

El Derecho penal presenta como finalidad en la orientación de la ejecución de las penas y medidas de seguridad la tesis de que el delito expresa, al menos en parte, una desocialización del agente, respecto de la que la sociedad en su conjunto admite una cierta corresponsabilidad. De esta forma el modelo penal peruano ni acepta un modelo de plena corresponsabilidad social ni estricta responsabilidad individual. En lo que respecta al primero, ello es comprobable porque nuestro sistema de penas no se ha convertido en una de reacciones educativas y protectoras (considerando, este modelo, al delito como una patología, ni a la persona como un *homo sociologicus*). Asimismo, en lo que respecta a la segunda afirmación, ello es observable porque la finalidad en nuestro ordenamiento punitivo ni es la disuasión ni menos la inocuización (considerando, este modelo, al delito como una decisión racional, y a la persona como un *homo economicus*).

En suma, el inc. 1 del art. 45° del C.P. revela que, además de regirse el Derecho penal por el principio de culpabilidad, considera, en términos atenuatorios de la responsabilidad individual las posibles influencias sociales sobre el hecho delictivo.<sup>81</sup>

Aparte, tenemos lo señalado en el inc. 2 del citado artículo, el cual establece la cultura y costumbre del agente como indicadores en la determinación judicial de la pena.

Un conjunto de individuos constituye un grupo organizado en la medida en que su manera de convivir está regulada por un sistema de normas o pautas que señalan la manera correcta como deben reaccionar en una situación determinada. De este modo, dicho sistema modifica profundamente las dotes naturales de los individuos brindándoles importantes beneficios e imponiéndoles múltiples obligaciones.

El nacimiento de un individuo en un grupo social desencadena un proceso de adaptación al sistema cultural mediante la imitación o el aprendizaje. Así, adquiere modelos culturales y se forma su personalidad. El individuo es entonces capaz de comportarse según las pautas culturales de su grupo social.

Si viola una de las normas culturales, por ejemplo mediante la realización de una acción incriminada en una disposición penal, se le formulará un juicio de reprobación y se le exigirá reparación o se le castigará. Esto supone, a su vez, que el acto pueda serle imputado y esto sólo podrá hacerse si se le considera capaz. El acto debe ser inscrito en su cuenta como obra suya y debida a su iniciativa, la misma que supone libertad. Todo este proceso está condicionado culturalmente.

Las diferencias culturales no sólo existen en relación con las pautas de comportamiento sino también respecto a los criterios de imputación de actos y de formulación de juicios de reprobación. La determinación de si una persona

---

<sup>81</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “¿RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL O RESPONSABILIDAD SOCIAL EN EL DELITO?”. En: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 12, Editorial Idemsa, Lima – Perú, 2002, Pág. 198.

es capaz depende, en principio, de criterios culturales y no sólo biológicos o psicológicos. El criterio de inimputabilidad o irresponsabilidad, regulado tradicionalmente en los Códigos penales, supone entonces sujetos socialmente integrados: es decir, personas que han asimilado debidamente las pautas culturales que son el fundamento de la ley penal.

Cuando una persona no respeta estas pautas culturales puede deberse a que procede con pleno conocimiento de causa o a que no ha asimilado debidamente la pauta de comportamiento violada o lo ha hecho de manera deficiente. En estos casos se aplicarán las normas legales comunes para determinar su responsabilidad. Así, puede entrar en consideración la regla sobre la inimputabilidad si, por ejemplo, la no asimilación de la pauta cultural se ha debido a un trastorno mental grave o, igualmente, la disposición sobre el error de prohibición cuando por una deficiente asimilación de las pautas culturales el agente cree por equivocación que su comportamiento no es ilícito.

Finalmente, tenemos lo señalado en el inc. 3 del art. 45 del C.P., el cual señala como indicador los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen. Ello demuestra la tesis de la neutralización de la víctima en el sistema penal: la lesión de la víctima ya no constituye el fundamento de la consecuencia jurídicopenal sino un mero indicador en orden a valorar la probabilidad de comisión de futuros delitos por parte del sujeto activo.<sup>82</sup> Sin embargo, esta afirmación hay que compensarla en el sentido que, aún estamos en el criterio de la unidad criminológica de autor y víctima y el hecho de que la víctima seguirá siendo co protagonista del delito, sea cual sea la política criminal que impere, son garantías de que toda política criminal tendrá que seguir tomando en consideración y analizando el interés de la víctima.

Por otro lado, tenemos que también analizar las circunstancias genéricas de la punibilidad previstas en el art. 46° del Código Penal. Estas circunstancias son:<sup>83</sup>

1. La naturaleza de la acción.- A partir de ella es posible dimensionar la magnitud del injusto. En este indicador el Juez debe apreciar varios aspectos como el tipo de delito o el *modus operandi* empleado por el agente, esto es, la forma como se ha manifestado el hecho.
2. Los medios empleados.- La realización del delito se puede ver favorecida con el empleo de medios idóneos. Asimismo, la naturaleza y efectividad dañosa de su uso pueden comprometer en mayor o menor medida la seguridad de la víctima o provocar graves estragos.

---

<sup>82</sup> Cfr. HASSEMER, Winfried. "FUNDAMENTOS DEL DERECHO PENAL", traducción de Muñoz Conde / Arroyo Zapatero, Editorial Bosch, Barcelona – España, 1984, Pág.98.

<sup>83</sup> Cfr. PRADO SALDARRIAGA, Víctor. "LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA". En: *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, N° 01, Editorial Grijley, Lima – Perú, 2000, Págs. 567-562.

3. La importancia de los deberes infringidos.- Alude a una circunstancia relacionada con la magnitud del injusto, pero que toma en cuenta también la condición personal y social del agente.
4. La extensión del daño o peligros causados.- Ella nos indica la cuantía del injusto en su proyección material sobre el bien jurídico tutelado.
5. Las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión.- Todas se refieren a condiciones tempo – espaciales, y reflejan principalmente una dimensión mayor en el injusto, en tanto que el agente se suele aprovechar de ellas para facilitar la ejecución de su delito.
6. Los móviles y fines.- Para la aplicación de las penas lo que debe valorarse es el motivo psicológico en cuanto se relaciona con los fines sociales, y es tanto más ilícito en cuanto más se opone a los sentimientos básicos de la piedad, de la solidaridad, de la cultura, etc.
7. La unidad o pluralidad de agentes.- Tradicionalmente se ha considerado que la pluralidad de agentes indica un mayor grado de peligrosidad y de inseguridad para la víctima.
8. La edad, educación, situación económica y medio social.- Aquí se consagra una auténtica situación atinente a la culpabilidad. Se trata de circunstancias que se relacionan con la capacidad penal del imputado y con su mayor o menor posibilidad de internalizar el mandato normativo, motivarse en él y en sus exigencias sociales. Es más, quien dude de la procedencia del reconocimiento de los efectos del error de prohibición directo en la ley, encontrará en esta fórmula una consagración legal que no suscita ninguna incertidumbre al respecto, lo cual demuestra una vez más que la ignorancia de la ley penal sí sirve de excusa.<sup>84</sup>
9. La reparación espontánea que hubiere hecho del daño.- Esta circunstancia se funda en una conducta del agente posterior al delito. Reparar rebela una actitud positiva que debe meritarse como un atenuante.
10. La confesión sincera antes de haber sido descubierto.- En esta circunstancia se valora un acto de arrepentimiento posterior al delito y que expresa la voluntad del agente de hacerse responsable por el ilícito cometido y asumir las consecuencias jurídicas que de ello derivan. La presentación debe ser

---

<sup>84</sup> Cfr. SALAZAR MARÍN, Mario. “LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA”. En: *Nuevo Foro Penal*, N° 43, Editorial Temis, Bogotá – Colombia, 1989, Pág. 14.

voluntaria, esto es, espontánea, libre, sin mediar presión alguna o responder a factores independientes del querer del sujeto.<sup>85</sup>

11. Las condiciones personales y circunstancias que lleven al conocimiento del agente.- El legislador le deja al Juez una posibilidad abierta para que interprete y aprecie otras circunstancias, distintas de las antes mencionadas, pero que resulten idóneas para conocer mejor la personalidad del agente.

## 2.8 CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA PENA

El presente de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal pasa obviamente por el examen del Código Penal vigente. Y este examen, como decía, debe hacerse desde una doble perspectiva: Primero, evaluando el sistema de las circunstancias, analizando principalmente su función, origen y sentido dentro del marco general de nuestro ordenamiento penal. Y segundo, debe hacerse también comprobando en qué medida las concretas circunstancias modificativas hoy existentes tienen sentido, tanto en sí mismas consideradas, como también en relación con el conjunto del sistema.

Aunque el estudio de las circunstancias modificativas se justifica por su propio interés intrínseco, no debe olvidarse que las mismas desempeñan un papel nuclear en el sistema peruano de determinación de la pena, lo cual otorga a éste, precisamente, una especificidad notable en relación a los otros modelos positivos de nuestro entorno cultural. Quizás por ello convenga recordar aquí a Hassemer, quien decía que la determinación de la pena es desde hace tiempo un «muro de lamentaciones» de los penalistas. Y lo más lamentable —continúa señalando el citado autor— es que la dogmática de la determinación de la pena, es decir, la elaboración sistemática de los criterios establecidos por la ley, no haya alcanzado, ni con mucho, un grado de precisión y transparencia similar al alcanzado por la dogmática de los presupuestos de la punibilidad. Es por ello por lo que la determinación de la pena sigue siendo todavía hoy dominio de la «justicia real».<sup>86</sup>

En este sentido no cabe duda alguna que las circunstancias modificativas, tal y como hoy están contempladas en el Código Penal, resultan ser componentes básicos y fundamentales de la medición punitiva. Como tampoco cabe desconocer, a juzgar por nuestra jurisprudencia, que la aplicación de las mismas dependerá, en última instancia, de puras razones de justicia material. Y esta afirmación no ha de resultar en absoluto extraña, pues las circunstancias, a diferencia de la teoría de la infracción que se funda esencialmente en valoraciones de justicia, descansa fundamentalmente en razones de utilidad. Y en este sentido, conviene no olvidar su nacimiento histórico.

Ya en el Derecho histórico anterior a la codificación aparecen referencias a la existencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. No

---

<sup>85</sup> Cfr. VELÁSQUEZ V., Fernando. Ob. Cit., Pág. 706.

<sup>86</sup> Cfr. HASSEMER, W. Ob. Cit., Pág. 137.



obstante, es a partir de este fenómeno histórico cuando las circunstancias comienzan a perfilarse con el mismo sentido, caracteres, naturaleza, fundamento y concepto, que tienen hoy en nuestra realidad jurídica. Así, se ha señalado que al mismo tiempo que nace la doctrina de las eximentes incompletas en la codificación, nace junto a ellas la teoría general de las circunstancias modificativas, no hallándose en los períodos anteriores, aunque aisladamente se encuentren algunos casos.<sup>87</sup>

En base a estas consideraciones pueden establecerse dos momentos históricos bien diferentes, para el estudio de la evolución sufrida por las circunstancias: Antes y después del movimiento codificador. La Revolución francesa constituirá así el eje delimitador entre ambas etapas, pues, como veremos, su significación y alcance varían sustancialmente de uno a otro período.

Así, bajo el auspicio del Humanismo y del «movimiento enciclopédico» se produce una fuerte reacción contra el sistema vigente. Con el advenimiento de la Revolución francesa y la «Declaración de los Derechos del Hombre», las primeras leyes adoptan un importante giro en sus planteamientos. Así, el Código Penal francés de 1791, auténtico paradigma del ideal revolucionario, instaura el llamado sistema de las «penas fijas», donde la ley fijaba de una manera invariable la clase y cantidad de la pena, quedando vetada al juez toda posibilidad de modificarla y, por tanto, de poder acomodarla a cada supuesto del hecho. El juez fue relegado a ser un mero intermediario entre la ley y el caso concreto —«la boca que pronuncia las palabras de la ley»—. De suerte que se oscilaba de un sistema de arbitrio judicial ilimitado (*maxima lex quae maximun arbitrium judicem reliquit*) al justamente opuesto, donde la sanción viene taxativa y rigurosamente determinada en el precepto (*optima lex quae minimum arbitrium judicem reliquit*).

En principio, no se aceptó la posibilidad de modificar la responsabilidad criminal en base a la condición del sujeto activo o pasivo, ni a cualquier otra causa personal. Pero tampoco se admitió una variación de la pena en consideración a causas materiales inherentes al hecho. La razón de esta estricta concepción no debe buscarse sólo en la desconfianza existente hacia el poder judicial, sino fundamentalmente en un primitivo entendimiento del principio de igualdad ante la ley: «Si todos los ciudadanos son iguales ante la ley deben responder por el mismo hecho con idéntica pena». Baste recordar que «de las tres consignas de la Revolución, sólo el principio de igualdad tenía un firme punto de referencia: la ley». Pero además, el Derecho Natural lo elevó al mismo epicentro de la doctrina del contrato social.

Por otra parte, la proclamación del principio de igualdad supuso el fin definitivo de la identificación entre pecado y delito. Ahora ya sólo existía un concepto del hecho punible representado por cualquier atentado a la libertad del individuo garantizada por la ley igualitaria. De ahí se deriva como consecuencia inevitable que debiera existir una única pena para cada delito. Ésta, además, en la medida de lo posible tenía que ser igualitaria, libre de toda discrecionalidad y arbitrariedad. Este entendimiento del principio de igualdad condicionó la doctrina de la medida de la pena y la cuestión de la proporcionalidad entre delito,

---

<sup>87</sup> Cfr. JIMENEZ DE ASUA, L. “TRATADO DE DERECHO PENAL”, Tomo I, 4ta. Edición, Editorial El Ateneo, Buenos Aires - Argentina, 1964, Págs. 275 y ss.

infracción y sanción, resuelta inicialmente por la única fórmula posible: la pena debía corresponder exactamente a la gravedad del hecho. De suerte que el juez quedaba vinculado por este principio y un mismo desvalor merecía siempre idéntica medida punitiva.

El nacimiento de la teoría general de las circunstancias modificativas queda vinculado inexorablemente al movimiento codificador y, especialmente, a la proclamación del principio de igualdad como indiscutible valedor de la individualización de la pena, así como de la formación de la parte general del Derecho Penal. Cabe afirmar que las circunstancias nacen «en virtud de una concepción real y más justa de la pena, ofreciéndose así la posibilidad de adaptar el esquema abstracto del precepto, tanto al supuesto concreto, como a la personalidad del delincuente».<sup>88</sup>

Frente a lo indicado podemos formular la premisa siguiente: junto a la parte principal del hecho, la que da lugar a la formulación de los juicios de antijuridicidad y de culpabilidad, coexiste otra accesoria —al menos desde el punto de vista jurídico-valorativo, que no desde el naturalístico, en el que ambos son iguales— que origina la teoría de las circunstancias modificativas.

Estas circunstancias forman parte también del hecho en su sentido naturalístico, pero, sin embargo, la norma no las valora igual que los elementos esenciales del delito (presupuesto). Y no lo hace así porque su naturaleza jurídica es puramente accidental al no afectar a la sustancia de la infracción, esto es, ni a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, ni a su posterior reproche. Se trata de elementos accidentales que pueden existir o no, y que pueden tener relevancia penal o no tenerla. Porque lo que resulta definitivo a la hora de definir las circunstancias, y también en el momento de hallar su fundamento y naturaleza jurídica, es el «dato normativo». O lo que es lo mismo, sólo a la vista de un determinado Derecho positivo es posible construir una teoría de las circunstancias con sentido, siendo rechazables —además por otras consideraciones, por resultar desde todo punto imposible— todos los intentos que tratan de lograrlo mediante criterios metapositivos.

Si bien nos ha parecido importante destacar que la teoría de las circunstancias corre paralela a la del delito, pero bien diferenciada de ésta por la muy distinta valoración jurídica a que está sujeta, esta afirmación, más que resolver algún problema suscita varios interrogantes, y debe ser muy matizado este paralelismo. Quizás los dos más trascendentales sean, de una parte, la cuestión de si el delito con circunstancias («delito circunstanciado» según la denominación otorgada por la doctrina italiana) goza de autonomía frente al delito base o sin circunstancias, cuestión ésta muy debatida en el seno de la literatura trasalpina. Y en segundo término, cuál es la estructura que cabrá convenir como propia del fenómeno singular de las circunstancias modificativas.

Por lo que se refiere al primer punto, el problema inicial y básico es establecer si en una figura delictiva determinada, la concurrencia de circunstancias puede distinguirse de sus elementos constitutivos, o si

---

<sup>88</sup> Cfr. COBO DEL ROSAL, Manuel / VIVES ANTÓN, Tomás. “DERECHO PENAL. PARTE GENERAL”, 3ra Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia - España, 1990, Pág. 610.

contrariamente se funden y confunden con éstos, constituyendo una nueva y autónoma estructura normativa. Así, los autores se dividen fundamentalmente en dos grandes tendencias: Los que afirman que las circunstancias se limitan a influir sobre la estructura típica de la forma criminal a la cual se añaden, siendo por tanto consideradas como simples elementos accidentales de algunas formas particulares de manifestarse el delito, pero que el «delito circunstanciado» no goza de autonomía respecto al «delito simple», porque estas circunstancias son meros accidentes capaces sólo de modificar la gravedad o cantidad del delito (postura absolutamente mayoritaria). La segunda orientación sostiene que el «delito circunstanciado» da lugar a la existencia de una nueva figura criminal, netamente distinta e independiente de la principal (postura minoritaria).

Los autores italianos se inscriben a una u otra orientación desde planteamientos muy diversos, y desde luego, con independencia de que conciban la norma como imperativo o como tutela.

Así, Santoro entiende que la modificación operada por las circunstancias sobre el imperativo secundario (sanción) tiene una exacta correlación con la modificación que producen en el imperativo primario (precepto). Las circunstancias consisten, según este punto de vista, en especificaciones del contenido del mandato en el sentido de que la norma que prohíbe también cualquier otra modalidad de comisión, constituyendo ésta el contenido de la atenuación o de la agravación. Las circunstancias constituyen así «unidades modales» de realización del delito, pero nunca dan lugar a una nueva norma autónoma. Dentro del sector doctrinal que niega la autonomía del «delito circunstanciado», se distingue otra importante corriente, cuyo más significativo representante es Costa, para quien las circunstancias ni siquiera se integran en el precepto, viniendo únicamente a repercutir en el momento de la punibilidad.

Analizada en sus grandes rasgos la polémica que tanto ha preocupado a la doctrina italiana, resulta conveniente formular una serie de observaciones sobre el tema.

Si el problema que nos ocupa principalmente es averiguar si el concurso de circunstancias generales junto al delito conlleva el nacimiento de una nueva figura autónoma respecto al mismo delito sin la concurrencia de circunstancias.

La respuesta ha de ser categóricamente negativa. Un homicidio con nocturnidad y arrepentimiento espontáneo no constituye en modo alguno una nueva figura de delito. Y ello porque las circunstancias, tal y como aquí las hemos venido entendiendo, no son sino elementos accidentales del delito, que únicamente afectan a la gravedad del mismo, dejando intacta su esencia.

En efecto, el problema parece estar claro respecto a las circunstancias generales o comunes, en el sentido de que no confieren autonomía alguna al delito al que acompañan, porque, como ha señalado acertadamente Marini, no se integran en el concepto primario, pues tan sólo suponen una variación de la sanción base asignada al mismo, al tratarse de causas de medición de la pena. En realidad, su diferencia fundamental con las circunstancias especiales radica en la distinta técnica legislativa empleada, por cuanto gozan del mismo concepto,

naturaleza y fundamento; sin embargo, en determinados supuestos, la ley les otorga una relevancia excepcional, posibilitando la aparición de delitos circunstanciados que sí son autónomos respecto al delito base, al menos desde una perspectiva formal, aunque no material.<sup>89</sup>

Sin embargo, de ello no debe deducirse que todo delito circunstanciado constituya una figura autónoma, sino tan sólo cuando el legislador así lo haya previsto. También habrá que obrar con suma cautela a la hora de decidir qué característica de la parte especial da lugar a un auténtico delito circunstanciado, porque en muchos casos se tratará de auténticos elementos esenciales del delito, y no podrá hablarse entonces de delito circunstanciado; y en otros, estas caracterizaciones producirán un simple cambio cuantitativo de la pena base asignada, que en modo alguno tendrán fuerza suficiente para dar lugar al nacimiento de una nueva figura de delito. La solución de estos supuestos exige una cuidadosa interpretación de cada uno de ellos, y escapa, como decíamos, a nuestro propósito.

Por lo que se refiere a la segunda cuestión suscitada, esto es, a determinar la estructura de las circunstancias modificativas, puede decirse que estamos en presencia de un tema relativamente pacífico en la jurisprudencia y doctrina comparada.

Ambas han venido destacando la presencia de elementos objetivos y subjetivos en la configuración de las distintas circunstancias. Con ello se ha puesto de manifiesto que, en la descripción legal de las circunstancias, con mayor o menor claridad según los casos, se contienen referencias a datos, situaciones o factores de naturaleza puramente objetiva, junto a otros de naturaleza decididamente subjetiva. La presencia de estos elementos o requisitos objetivos y subjetivos es absolutamente indispensable para que pueda aplicarse la circunstancia en cuestión.

Podría decirse, no sin cierta impropiedad, que la estructura de las circunstancias reproducen en cierta manera la construcción sistemática del delito.

Así, toda circunstancia viene tipificada en la ley, de modo que exige la realización de alguna conducta o la posesión de algún estado personal a los que el precepto anuda una valoración objetiva e impersonal, positiva (atenuación) o negativa (agravación), según los casos. Pero junto a la comprobación de este elemento objetivo, se exige además otro de carácter puramente subjetivo, consistente, en la mayoría de los casos, en que el sujeto que ha realizado la conducta típica o efectivamente se ha visto en el estado personal requerido por la norma, haya tenido intención de realizarla, o bien, que no haya buscado de propósito ese estado para realizar el delito.

Frente a lo señalado, se ha venido entendiéndose en la actualidad que la función de las circunstancias, esto es, como unos instrumentos válidos para adecuar la ley al caso concreto, y de esta manera poder alcanzar una mejor proporcionalidad entre el delito y la pena. Esta es, además, la comprensión más

---

<sup>89</sup> Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. "PRESENTE Y FUTURO DE LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS". En: *Cuadernos del Consejo General*, Madrid – España, 1996, Pág. 12.

correcta que cabe efectuar tras un repaso de su evolución histórica, donde la teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal debe ser enmarcada dentro de la búsqueda de una solución al problema de la individualización penal.

No debe olvidarse, sin embargo, que toda técnica jurídica que persiga una mayor especificación, supone la realización de un buen servicio a la justicia y a la legalidad. Quizás por ello debe insistirse en que la individualización penal, y con ella la técnica de las circunstancias, no es sino otra más de las exigencias dimanantes del principio de igualdad en materia penal. Este principio, conforme era entendido en sus primeras formulaciones, esto es, como igualdad ante la ley, y por ende, la igualdad (al igual que la ley) debía cumplir una función esencial concretada en la idea de generalidad: Todos debían ser tratados por igual. De ahí que la ley recogiera las causas «generales» de modificación de la pena.

## **2.9 LA CRISIS DE LA PRISIÓN EN EL PERÚ**

La privación de libertad como castigo es una concepción relativamente reciente en el Derecho Penal. Durante la Edad Media imperan la tortura, los castigos corporales y la pena de muerte. Las prisiones son concebidas como lugares de contención donde detener al reo a la espera de juicio o de ejecución. En el s. XVIII decía Von Hentig: “La pena privativa de libertad no tiene una larga historia”.<sup>90</sup>

El arco de la pena de muerte estaba excesivamente tenso. No podía contener las tensiones, ni garantizaba la seguridad. La picota fracasaba tratándose muchas veces de delitos leves o de casos dignos de gracia, porque la publicidad de la ejecución daba más lugar a la compasión que al horror». Así pues, la pena privativa de libertad fue el gran «invento social» que permitió asociar varias funciones: la de corregir al culpable, la de garantizar la seguridad, la de aislar al delincuente y la de escarmiento. La pena de muerte encontró su fin, más por razones económicas y político-criminales que penológicas.

Como también decía Von Hentig, «eran demasiados y demasiado miserables para colgarlos a todos», así es que había que buscar otra forma de castigar. La pena privativa de libertad pasa también a cumplir una función social, la de dar trabajo a los más miserables, a los más pobres, quien, a su vez, con su trabajo en prisión contribuirán a la economía tan maltrecha en esta época.

Y, poco a poco, la pena de presidio fue convirtiéndose en la pena por excelencia, juntamente con las de arsenales y trabajos públicos, a medida que desaparecían las galeras (por transformación de las artes marítimas) y los trabajos de minas.<sup>91</sup>

---

<sup>90</sup> Cfr. GIMÉNEZ-SALINAS, E. “MEDIDAS ALTERNATIVAS EN EUROPA”, En: *Congreso Internacional de Criminología*. Budapest, 1993, Pág. 31.

<sup>91</sup> Cfr. GARCÍA VALDÉS, C. “COMENTARIOS A LA LEGISLACIÓN PENITENCIARIA”. Editorial Civitas, Madrid, 1995, Pág. 143.

Superada la fase reactiva de las penas fijas frente a la arbitrariedad del Antiguo Régimen,<sup>92</sup> nadie parece poner en duda, hoy en día y en nuestro ámbito cultural, la necesidad de la *individualización legal* de la pena, afirmándose que las penas «absolutamente indeterminadas» son contrarias al principio de legalidad. Pues tal como valora BUSTOS RAMÍREZ, la ley es la única fuente del Derecho Penal y, por tanto, ni el juez ni el intérprete pueden crear ni injusto ni penas.<sup>93</sup>

Y si nos centramos en nuestro Código Penal, resulta asimismo indiscutible la necesidad de la *individualización judicial*. El Juez o Tribunal sentenciador — dentro del margen de arbitrio que le permite el legislador al seguir éste el sistema de «indeterminación legal relativa»— viene obligado a realizar una función individualizadora de la pena, atendiendo, no sólo al grado de ejecución del delito y la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, sino además atendiendo a «la mayor o menor gravedad del mal producido por el delito», o «la mayor o menor gravedad del hecho y la personalidad del delincuente» o «el caudal o facultades del culpable» o «las circunstancias del menor y del hecho» o «según las circunstancias del caso».

Problema distinto y anterior es el analizado por FERRAJOLI sobre la «garantía de la certeza de la duración de la pena»<sup>94</sup> rechazando la individualización penitenciaria, ya la realice la Administración ya los propios jueces, y a tal fin recoge, entre otros, el argumento de BECCARIA: «*Uno de los más grandes frenos de los delitos, no es la crueldad de las penas, sino la infalibilidad de ellas... La certidumbre del castigo, aunque moderado, hará siempre mayor impresión que el temor de otro más terrible, unido con la esperanza de la impunidad.*» Para FERRAJOLI, la determinación de la pena (*mínima necesaria*, en todo caso) debe realizarse en sede legislativa y jurisdiccional, o lo que es lo mismo, es precisa la individualización legal y la judicial en sentido estricto, pero no la individualización penitenciaria sea administrativa o judicial. Presupuesto esencial a este planteamiento es la existencia de un *derecho penal mínimo* como el que propugna dicho autor. La búsqueda y aplicación de «medidas» alternativas a las penas privativas de libertad, sigue pesando más que la búsqueda y aplicación de «penas» alternativas, reduciendo drásticamente la posibilidad y duración de las penas de prisión. Se valora más la vertiente simbólico-represiva de la pena privativa de libertad de larga duración que su necesidad. El legislador no acaba de creerse que la prisión, como pena, está siendo ineficaz como respuesta al delito.

---

<sup>92</sup> Cfr. RODRÍGUEZ DEvesa, José María. “DERECHO PENAL ESPAÑOL», PARTE GENERAL”, 4.ª edición, Editorial Driskill, Madrid- España, 1974, Pág. 777, quien añade: «solamente son compatibles con aquel principio las penas absoluta o relativamente determinadas. El legislador tiende, no obstante, al empleo de estas últimas, porque sólo con ellas se puede tomar en consideración la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal».

<sup>93</sup> Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, Juan Manuel. “MANUAL DE DERECHO PENAL”. Editorial PPU. Barcelona – España, 1994, Pág. 570.

<sup>94</sup> Cfr. FERRAJOLI, Luigi. Ob. Cit., Pág. 410.

### 2.9.1 CARENCIA DE INFRAESTRUCTURAS Y DE RECURSOS LOGÍSTICOS, ECONÓMICOS Y HUMANOS

La carencia de una Ley sobre la Carrera Administrativa del Personal Penitenciario conlleva a que los órganos de dirección local, regional y/o nacional del INPE no esté compuesta por personal calificado; no habiendo, por tanto, un marco legal que regule el ingreso (a través del cumplimiento de requisitos cualificativos), el desarrollo de las labores (derechos, deberes y prohibiciones), los ascenso, las remuneraciones, el cese de labores, entre otros puntos. Todo ello ha originado, inseguridad jurídica, una organización amorfa, carencia del soporte respectivo para el logro de los objetivos que en la legislación penitenciaria se ha planteado, etc.

De esta forma, se refleja una triste realidad. En efecto, en la investigación se ha señalado lo que se exige del tratamiento y trabajador penitenciario, enmarcándolo lo dicho en el personal capacitado. Sin embargo, malas remuneraciones, falta de logística, la carencia de una base organizativa ideal, falta de seguridad en los establecimientos penitenciarios, sobrepoblación carcelaria, etc., impide el logro de este marco que de lo ideal, parece que ha pasado a lo utópico.

Sin embargo, propuestas legislativas como la presentada por el Congresista José Risco, es una idónea alternativa de solución para este primer problema, faltando, otras propuestas de solución para los restantes problemas que a continuación se indicarán.

Por otro lado, los establecimientos penitenciarios no se han organizado conforme a los siguientes criterios:

1. *Una ordenada convivencia adecuada a cada tipo de establecimiento basada en el respeto de los derechos y la exigencias de los deberes de cada persona.-* Como principio informador de la convivencia en sociedad y como modelo trasvasable del mundo libre al mundo de la prisión.
2. *La aplicación de un tratamiento individualizado tendente a la supresión de la capacidad delictiva o peligrosidad de los sentenciados.-* En el sentido estricto de tratamiento penitenciario que exige siempre una consideración etiológica de la conducta delictiva de cada penado y el fin de luchar contra los condicionamientos que hayan provocado esa actividad delictiva, con la finalidad de conseguir modificar ese sector de la personalidad del individuo, que ha dado origen a su conducta, y para hacer del interno una persona con la capacidad de vivir al margen del delito. En este sentido se establece como principio general la máxima asimilación posible de la vida en prisión

a la vida en libertad, estableciendo en algunas de estas prestaciones incluso nuevos modelos de gestión, como es el caso de la asistencia sanitaria.

3. *La asistencia médica, religiosa social, de instrucción y de trabajo y formación profesional, en análogas condiciones que las de la vida libre.-* Como prestaciones que la Administración penitenciaria ha de proporcionar a los internos en consideración a su condición de personas, prestaciones que han de tener el mismo contenido que las que existen en el medio libre, en cuanto que son debidas a los internos en consideración a una relación jurídico general y no especial como internos.
4. *Un sistema de vigilancia y seguridad que garantice la custodia de los internos.-* La retención y custodia de los internos constituye una de las finalidades de las instituciones penitenciarias, lo que se traduce en el deber de la Administración de organizar los adecuados sistemas de vigilancia y seguridad del establecimiento penitenciario, al objeto de garantizar la retención y custodia de los internos.
5. *La recta gestión y administración para el buen funcionamiento de los establecimientos.-* Como medio de hacer efectivas las prestaciones que la Administración penitenciaria está obligada para con los internos.

La Administración penitenciaria no ha creado ni proporcionado puestos interinos de trabajos a los internos (que en algunos países son hasta remunerados) que permitan sus disponibilidades presupuestarias, lo que se traduce desde el punto de vista subjetivo de quien está cumpliendo la pena privativa de libertad, un impedimento al derecho de aplicación progresivo, cuya efectividad se encuentra condicionada a los medios de los que disponga la Administración penitenciaria en cada momento.

La Administración penitenciaria, no ha facilitado un trabajo retribuido a los internos penados, tratando de superar las situaciones de carencia o de imposibilidad de proporcionarlo, observando mientras tanto, la no procuración de un pleno empleo de la población reclusa.

Por otro lado, falta crear una organización prestacional en la medida necesaria para proporcionar a todos los internos un puesto de trabajo y el derecho de éstos, a una actividad laboral retribuida o puestos de trabajo dentro de las posibilidades de la organización penitenciaria existente.



Esta situación también se ve reflejada en la valoración judicial negativa de los informes de los equipos técnicos en materia de beneficios penitenciarios. Dado que para decidir sobre todas estas materias son preceptivos los informes de los Equipos Técnicos, es necesario hacer algunas precisiones sobre los mismos.

Con carácter previo, y atendido lo expuesto en los apartados correspondientes, en especial a la limitación y parquedad de dichos informes, en muchas ocasiones es necesario solicitar de los Equipos Técnicos una ampliación de los mismos, o concreciones de los elementos apuntados cuando denoten una ambigüedad de valoración, cuando no contradicciones en la información referida a un mismo interno, y ello aun cuando esta solicitud de ampliación dé lugar a una dilatación del procedimiento.

Los informes recibidos, y en su caso la ampliación correspondiente, debe ser contrastada con las Circulares o Instrucciones emanadas de Instituciones Penitenciarias sobre la materia de que se trate, para determinar qué elementos contenidos en los informes responden a directivas generales de carácter institucional, y cuáles se refieren específicamente al caso concreto del interno sobre cuya situación debe conocerse.

El juzgador debería examinar en su conjunto los elementos objetivos y subjetivos que concurren en el interno de que se trate, estudiando, juntamente con los informes recibidos, el testimonio de la sentencia condenatoria, entre otros.

Sería necesario discriminar el contenido de los informes, diferenciando entre aquellos de naturaleza especialmente subjetiva como los psicológicos, o de falta de una concreta especialización como el criminológico —dado que no existen garantías que el jurista que los ha emitido tenga la correspondiente especialización—, de aquellos otros informes que descansan en datos objetivables y contrastables, como los del Educador o el Asistente Social, que pueden indicar el tipo de actividades desarrolladas por el interno, su actitud, dedicación, o situación familiar.

Es precisa la acreditación de datos objetivos que prueben determinadas valoraciones negativas, que habitualmente dan lugar a clasificaciones en primer grado, regresiones o denegaciones de permiso, como los supuestos de consumo activo de sustancias prohibidas —a través de las correspondientes analíticas—, o la supuesta pertenencia de un interno a redes de extorsión interna o a liderazgos negativos —a través de las correspondientes incidencias regimentales, y en todo caso, la aportación de los expedientes disciplinarios incoados por dichas causas.

Sería importante verificar, si en el caso concreto de un interno, además del Equipo de Tratamiento, ha intervenido alguna de las asociaciones de voluntariado acreditadas que participan en los establecimientos penitenciarios (Alcohólicos Anónimos, asociaciones religiosas o cívicas), cuyos informes complementarían los de carácter institucional.

### **2.9.2 EL FRACASO DE LA RESOCIALIZACIÓN**

La cuestión enunciada en el epígrafe es necesariamente compleja en la medida que bajo el concepto ejecución de pena se incluyen elementos ciertamente dispares que no permiten una respuesta unívoca. La reciente experiencia del régimen político anterior hizo que los constituyentes diseñaran una potestad jurisdiccional en el sentido más ilustrado, con absoluta independencia de los otros dos poderes del Estado, reclamando para sí el poder de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Los órganos judiciales podrán compartir competencias con otros de la misma naturaleza pero ello no les resta independencia ni les hace perder plenitud potestativa.

Sin embargo, urge la incorporación de nuevos criterios que deben ser valorados en el momento de imposición material de la pena y que tuvieron nula o escasa relevancia en la valoración de los hechos y calificación de los mismos. La reinserción social y la reeducación no sólo adquieren plenitud en el momento procesal de determinación de la pena, sino que requieren de nuevas pruebas que no han sido valoradas con anterioridad. El juez debe saber el perfil que presenta la personalidad del condenado, debe ponderar el pronóstico de peligrosidad o la estrategia punitiva más conveniente para evitar un daño innecesario en las relaciones familiares y sociales de aquél.

Nada de esto tiene que ver ni con la pena indeterminada ni con la justicia defensiva que se propició desde las filas del positivismo a finales del siglo pasado. No podemos seguir ignorando los profundos cambios que se han producido y se siguen produciendo en los sistemas de penas modernas que necesariamente exigen reformular la competencias judiciales y desmonopolizar la actividad judicial posterior al fallo. La ciencia penal ha desarrollado en las últimas décadas de forma muy considerable propuesta de penas alternativas y sustitutivas y modificaciones de la propia pena impuesta que están hoy taxativamente previstas por el legislador respetando, por tanto, el principio de legalidad y de certeza jurídica, pero que entrañan una particular complejidad.

A esta situación se ha llegado tras la experiencia sufrida por la justicia penal de los países de nuestro entorno cultural en los últimos años. La rigidez del esquema punitivo clásico no es adecuada a las nuevas formas de delincuencia (criminalidad urbana, drogas, delitos relativos al tráfico, delitos de bagatela, delitos sin víctimas), formas expresivas que requieren una respuesta diversificada y acompañada en todo caso de una actividad no punitiva (terapias, trabajos, formación actividades reparatorias a favor de la víctima, etc.) que pueden, de acuerdo con la evolución del condenado, valorarse para modificar la sanción y evitar que la rigidez de la misma pueda poner en peligro el proceso de reinserción social. La fuerte impregnación de razones preventivo generales, nunca suficientemente acreditadas, han sido un obstáculo para avanzar en este modelo de justicia penal conciliadora y participativa. Pero desde el punto de vista técnico jurídico para alcanzar con ciertas posibilidades de éxito una respuesta globalmente individualizada es necesario contar con una información de la que ni se dispone ni quizás sea conveniente tener en cuenta en momentos anteriores al fallo.

En nuestro país, el régimen de la ejecución de las penas privativas de libertad previsto es el llamado sistema progresivo o de individualización científica, en virtud del cual se divide el cumplimiento de la pena en cuatro grados, siendo el último la libertad condicional.

No es necesario que el recluso pase por todos, sino que puede ser clasificado de entrada en cualquiera de ellos excepto el de libertad condicional. Asimismo, no se le puede mantener en un grado inferior cuando la evolución de su tratamiento lo haga merecedor de la progresión.

El primer grado está previsto como régimen excepcional y es aplicable únicamente a los penados clasificados de peligrosidad extrema o aquellos cuya conducta sea de inadaptación manifiesta a los regímenes ordinario y abierto. La peligrosidad o la inadaptación han de ser apreciadas por causas objetivas y en resolución motivada.

Los internos en primer grado se destinan a los establecimientos de régimen cerrado. La vida en estos establecimientos se caracteriza por una limitación de las actividades comunes de los internos, así como por una mayor vigilancia y control. En otros países se denominan centros o departamentos de alta seguridad.

Con carácter general, la mayoría de los internos se clasifican en segundo grado. El cumplimiento se realiza en los denominados centros ordinarios. Se destinan a los establecimientos abiertos los internos clasificados en tercer grado. Este régimen está basado, por un lado, en la ausencia de elementos de sujeción, es decir, eliminación de barreras y otros elementos; y, por el otro, bajo el principio de la confianza y la autorresponsabilidad del interno.

El régimen de vida en estos establecimientos es parecido al de la vida en libertad. Los internos salen a trabajar durante el día y vuelven al establecimiento cuando finaliza la jornada laboral, asimismo gozan de permisos de fin de semana. Lo que hace realmente particular a este régimen es que un interno puede ser clasificado directamente en tercer grado, a partir del segundo mes en que la sentencia es firme. No es necesario que haya cumplido una parte de la condena o que ésta sea muy corta como sucede en otros países. Sea cual sea la duración de la condena, si se dan los requisitos objetivos, se puede clasificar un interno en tercer grado. Finalmente, el último grado previsto es el de la libertad condicional, que supone avanzar la excarcelación del penado para cumplir fuera de la prisión la última fase de su condena.

La actividad penitenciaria está configurada por dos grandes áreas, la del régimen y la del tratamiento, la primera constituye la actividad encaminada a conseguir una convivencia ordenada en el desarrollo de la vida ordinaria de un establecimiento penitenciario y la segunda el tratamiento, como actividad encaminada a conseguir la finalidad principal de la pena privativa de libertad, la reeducación y reinserción social.

La amplitud del tema regimental hace difícil poder abarcar toda la problemática que genera esta materia en la vida penitenciaria, son muchos los

aspectos encuadrados dentro de lo que se entiende por régimen penitenciario y cada una de ellos lo suficientemente amplio, como para que pueda ser objeto de un estudio individualizado: las comunicaciones y visitas, las traslados, el régimen disciplinario, la seguridad y vigilancia, las distintas clases de establecimientos penitenciarios, etc.

De esta doble finalidad de las instituciones penitenciarias, la de reeducación y reinserción, aparece como principal para los internos penados, y la de retención y custodia, aparece como principal para los internos preventivos, sin perjuicio de que existan aspectos de esta última finalidad compartidos. Esta diferencia en la finalidad de la institución penitenciaria, se traduce naturalmente en una diferencia en la propia actividad penitenciaria, y en concreto y por lo que respecta a esta ponencia, en el propio régimen penitenciario, máxime cuando es éste, el régimen, el aspecto externo donde se desenvuelve la actividad penitenciaria y el marco que dota de contenido la ejecución de la pena privativa de libertad.

El régimen penitenciario, en atención a esta diferente finalidad de las instituciones penitenciarias apuntada, tiene como objeto para el caso de la prisión preventiva: la simple retención y custodia de estos internos para su puesta a disposición judicial, objeto este, que debe de estar presidido por el principio de la presunción de inocencia del que gozan estos reclusos, hasta que sean condenados. Por el contrario, el objeto del régimen para los internos penados, está configurado como un medio para obtener un fin, que no es otro que el del tratamiento penitenciario, como instrumento en manos de la institución penitenciaria para conseguir la finalidad atribuida a la pena, en la propia norma constitucional, de reeducación y reinserción social.

Entendemos por régimen penitenciario, el conjunto de normas que regulan la convivencia y el orden dentro de los centros penitenciarios, determinando los derechos y las prestaciones que corresponden al recluso en general. La finalidad del régimen de los establecimientos penitenciarios es conseguir una convivencia ordenada en los mismos, que permita el cumplimiento de los fines previstos en la leyes procesales para los detenidos y presos; y el tratamiento penitenciario para los penados. Esta delimitación se hace estableciendo una relación de prelación de uno de ellos sobre el otro, del tratamiento sobre el régimen, aunque regidos ambos por el principio de especialización.

Ha sido ALARCÓN BRAVO,<sup>95</sup> en sus múltiples trabajos sobre el tratamiento penitenciario, quien ha diferenciado con precisión, un área de la otra. Definiendo, el régimen en *sentido estricto* (como ordenación de la vida en normal de convivencia); y *el tratamiento*: (como actividad directamente encaminada: a la consecución de la reeducación y reinserción social), añade el citado autor una tercera área en el ámbito penitenciario, la que denomina *prestación penitenciaria*, distinta del régimen y del tratamiento, configurada por aquellas prestaciones que la Administración penitenciaria ha de proporcionar a los internos por su condición

---

<sup>95</sup> A.A.V.V. "COMENTARIOS A LA LEGISLACIÓN PENAL: LEY ORGÁNICA GENERAL PENITENCIARIA". Tomo. VI, Vols. 1.º y 2.º, dirigida por M. COBO DEL ROSAL, Editorial Edersa, Madrid, - España 1986, Pág. 251.

de personas, prestaciones que no son otras que las conocidas de la asistencia sanitaria, la educación, la alimentación, el vestido, etc.

El régimen penitenciario es, en un su sentido más amplio, por lo tanto el marco externo preciso para:

- El tratamiento de los penados.
- La custodia de los internos, tanto preventivos como penados.
- Para que todos ellos dispongan de las prestaciones de la Administración penitenciaria: alimentación, vestuario, asistencia sanitaria, educación, trabajo, etc.

Los principios inspiradores del régimen penitenciario podemos definirlos como aquellas características básicas del mismo, que determinan su papel de marco, dentro del cual se desarrolla la ejecución de la pena privativa de libertad. Son estos principios:

- El principio de legalidad.
- El principio de subordinación.
- El principio de coordinación.
- El principio diferencial.

Este último principio indica que el régimen penitenciario, se constituye como un medio para conseguir un fin, pero este medio tiene diversos objetivos, especialmente diferentes en relación con la situación procesal de los reclusos, según que éstos se hallen en la situación de preventivos o se trate de personas condenadas, esta diversidad de objetivos, podemos concretizarlos de la forma siguiente:

- *Para los internos preventivos: la retención y custodia.*
- *Para los internos penados: el tratamiento penitenciario (además de la retención y custodia).*
- *Para los unos y los otros: las prestaciones a las que la Administración penitenciaria está obligada.*

Las prestaciones de la administración penitenciaria propias de los internos preventivos vienen configuradas por aquellas prestaciones que la Administración penitenciaria ha de prestar a los reclusos por su condición de personas y, en este sentido, son por supuesto las mismas en todo caso, sea cual sea, la situación procesal de los internos destinatarios de las mismas; están constituidas por las siguientes:

- La asistencia sanitaria e higiénica.
- La instrucción y la educación.
- La asistencia religiosa.
- El trabajo penitenciario.
- La alimentación.
- El vestuario, equipo y utensilio.
- Adquisición de artículos del economato.

En todas las prestaciones referidas, no existe diferencia alguna entre la finalidad del régimen en la detención preventiva, y en el cumplimiento de la condena, salvo en el trabajo, por lo que se refiere a su obligatoriedad para los internos condenados y su voluntariedad para los internos preventivos, en los términos que tendremos ocasión de valorar en otro apartado de esta ponencia.

El tratamiento penitenciario es una actividad penitenciaria, exclusivamente dirigida a los internos condenados y excluida para los internos preventivos, la finalidad del tratamiento es conseguir la reeducación y reinserción social, que sólo cabe en las personas que han sido condenadas, no para los que sufren privación de libertad en condición de preventivos.

Sin embargo, si prescindimos de este concepto restringido de tratamiento penitenciario, y damos cabida en él a un concepto más amplio de intervención, como actividad encaminada a suplir aquellas carencias con las que el interno ha entrado en prisión, carencias de tipo educativo, formativo, cultural, deportivo, social, etc., que mediante actividades varias, proporcionadas por la Administración, se tratan de suplir, aumentando en el interno su cultura, su formación, mejorando sus actitudes y aptitudes. Se conseguirá, además de disminuir esas carencias, lo que supondrá sin duda acercar al interno un poco más al mundo libre, mejorar el clima social del Centro, mediante la ocupación positiva del tiempo libre, luchar contra los efectos negativos, que inevitablemente, conlleva la privación de libertad y llenar de contenido, mediante un sistema de intervención grupal, las formulaciones abstractas que la normativa penitenciaria apunta en orden al tratamiento penitenciario.

En este sentido apuntado, los internos preventivos tienen la misma atención que los internos penados, siendo comprensible, que además, no puede ser de otra forma, dado que están privados de libertad igual que los internos condenados y en algunos casos por espacios de tiempo grande; y que seguirán privados de dicha libertad, en el momento en el que sean condenados, no rompiéndose la relación que les une con la Administración penitenciaria y siendo esta privación de libertad materialmente idéntica.

El régimen para los internos penados, a diferencia del de los preventivos, está configurado en la normativa penitenciaria con una finalidad principal, que es la de lograr en los establecimientos de cumplimiento el ambiente adecuado para el éxito del tratamiento, ello determina que las funciones regimentales, deban de ser consideradas como medios y no como finalidades en sí mismas.

El contenido diferencial de la relación jurídico regimental para los internos preventivos, en relación con los internos condenados, ha quedado perfilada al hablar de los primeros, y como conclusión podríamos decir, que con el examen precedente, se han querido mostrar las diferencias y semejanzas que en la normativa penitenciaria existen por lo que se refiere a la finalidad del régimen penitenciario entre unos internos y los otros. De este repaso global observamos, que en la mayoría de los casos las normas regimentales son idénticas para los internos de una u otra condición procesal, y ello es que además, en lo que respecta a las cuestiones estrictamente regimentales, no puede ser de otra

forma, porque recordemos, que la finalidad del régimen penitenciario se solapa, por decirlo así, en algún sentido, con los internos preventivos y los penados. En ambos coincide en la misma finalidad de la retención y custodia, en unos con *exclusividad* en los otros de forma *compartida* con el tratamiento.

Los aspectos que en la relación jurídico-penitenciaria diferencian la condición de preventivo y de penado, aparecen más en cuestiones que no son estrictamente de orden regimental, en concreto, en los aspectos relativos a la clasificación penitenciaria en grados y a los permisos de salidas, cuyo estudio escapa al contenido de este trabajo.

No obstante, tenemos que decir, que la diferencia más importante entre la relación jurídico-penitenciaria entre los internos preventivos y los penados, deberá venir determinada por la finalidad específica *del tratamiento*, como exclusiva para los internos penados, por el hecho de que éste, el tratamiento, en la realidad práctica esté determinado, más que como una intervención individual encaminada a modificar un sector de la personalidad del interno determinante de su actividad delictiva, como una intervención grupal encaminada a suplir las carencias de éste. Tampoco, en este aspecto específico de los internos condenados, existen diferencias sustanciales con los internos preventivos.

Toda norma crea en los sujetos a los que va dirigida, o bien la posibilidad de obrar en determinado sentido (poderes), o bien una limitación respecto de la libertad de actuar (deberes). Cuando estas situaciones jurídicas tienen el carácter de permanentes, reciben el nombre de relación jurídica, entendiéndose por tal, aquella que se da entre dos sujetos de derecho, cuando la situación de poder en que se encuentra uno de ellos, se corresponde necesariamente con una situación de deber de otro.<sup>96</sup>

Partiendo de este concepto, podremos afirmar que la situación en la que se encuentran los reclusos (detenidos, presos y penados), con respecto a la Administración penitenciaria, es una relación jurídica constitutiva de derechos y deberes para ambas partes, y además caracterizada, por ser una relación de sujeción especial. Las declaraciones positivas de derechos y deberes de los reclusos elaboradas sistemáticamente suelen ser escasas. En cierto modo, pueden considerarse como tales, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos aprobadas por el primer Congreso de las Naciones Unidas, sobre prevención del delito y Tratamiento del delincuente.

De todos los derechos reconocidos por la normativa penitenciaria a los reclusos podemos distinguir los siguientes grandes grupos:

- Los derechos que le corresponden al recluso como persona (la vida, integridad física, honor, intimidad, igualdad).
- Los derechos que le corresponden al recluso como ciudadano de un determinado Estado (derechos civiles políticos y sociales).

---

<sup>96</sup> Cfr. SÁNCHEZ GIL, José Luis. / GONZÁLEZ-HABA GUIADO, Vicente M.<sup>a</sup>. “LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA PENITENCIARIA”. En: *Documentación Jurídica*, No. 77-78, Madrid – España, 1993, Pág. 12.

- Los derechos que le corresponden al recluso como tal interno (los derechos penitenciarios), que configuran la relación de sujeción especial. De estos derechos, son de los que nos vamos a ocupar a continuación.
- Otros Derechos:
  - Derecho a ocupar una celda individual.
  - Derecho a vestir sus propias prendas.
  - Derecho a ser designado por su propio nombre.
  - Derecho a las prestaciones de la Administración penitenciaria.

Asimismo, tenemos los derechos penitenciarios constitutivos de la relación de sujeción especial. Son derechos, que forman parte del contenido propio de la relación jurídico-penitenciaria, que nacen cuando una persona ingresa en prisión y finalizan cuando es liberado y sale de la misma, son aquellos que configuran la relación jurídico especial, en este caso la penitenciaria.

Estos derechos son creados por la norma penitenciaria, son susceptibles de graduación, son revocables y renunciables. De estos derechos penitenciarios los hay que están en estrecha relación con el área regimental; y los hay que están en relación más directa con el área tratamental. Nos ocuparemos de los primeros, aquellos que se generan en esa actividad regimental de la Administración penitenciaria, que se configura como el medio donde se ejecuta la pena privativa de libertad, con la doble finalidad de la retención y de la reeducación y reinserción social.

Pero capaz la situación más importante en la resocialización es el trabajo penitenciario, Pocos temas, como el trabajo (o la disciplina), suscitan mayor unanimidad doctrinal<sup>97</sup> en cuanto a su centralidad en la vida penitenciaria. Si régimen y tratamiento penitenciarios constituyen los dos aspectos elementales del marco penitenciario, rara vez se coincide tan ampliamente como al asegurar la especial trascendencia que el desarrollo de una actividad laboral por parte de los internos alcanza en orden a la adecuada organización de la vida prisional (régimen penitenciario) y para la preparación del interno a la vida en libertad (tratamiento).

Ahora bien, al igual que con el término resocialización,<sup>98</sup> también en este punto resultan sospechosas las unanimidades doctrinales. Dejando para más adelante la relación entre el trabajo y el tratamiento, cabe admitir, en principio, respecto del régimen, que, como ilustra la historia de la prisión, todo trabajo —en cuanto ocupación ordenada de una gran parte del tiempo de privación de libertad— puede servir de elemento esencial para la ordenación de la vida en prisión y el mantenimiento de la disciplina. Las controversias surgen

<sup>97</sup> Cfr. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. “EL TRABAJO PENITENCIARIO RESOCIALIZADOR”, San Sebastián, 1982, Págs. 79 y sgts.

<sup>98</sup> Cfr. GARCÍA - PABLOS DE MOLINA, A. “LA SUPUESTA FUNCIÓN RESOCIALIZADORA DEL DERECHO PENAL: UTOPIA, MITO Y EUFEMISMO”. En: *Anuario de Derecho Penal*, 1Madrid – España, 1970, Págs. 645 y sgts.; MUÑOZ CONDE, F. “LA RESOCIALIZACIÓN DEL DELINCUENTE, ANÁLISIS Y CRÍTICA DE UN MITO”. En: *Cuadernos de Política Criminal*, N° 7, Madrid – España, 1979, Págs. 91 y sgts.



cuando —como sucede en España por mor del art. 25.2 de la Constitución— es preciso construir un «régimen penitenciario resocializador».<sup>99</sup>

También aquí la función del trabajo penitenciario puede ser esencial, pero evidentemente, sólo si impregnado de la orientación que ha de imbuir totalmente la vida penitenciaria: el postulado resocializador. Esto, como apuntara ya el II Congreso de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (1960),<sup>100</sup> requiere partir de un principio elemental: la asimilación con el trabajo libre, único modo de alcanzar la verdadera integración del trabajo penitenciario en la economía general del país.

Las aseveraciones doctrinales acerca de la importancia del trabajo en la vida prisional y para la construcción de un régimen penitenciario resocializador, contrastan fuertemente con los datos procedentes de la realidad. Estos ponen de manifiesto el escaso nivel de ocupación laboral en prisión, algo no sólo característico del Perú, sino propio de la mayor parte de los sistemas penitenciarios contemporáneos. Entre las características del trabajo penitenciario se pueden indicar las siguientes:

A) *Derecho del interno*

Sabido es que la declaración constitucional del derecho al trabajo de todos los ciudadanos tiene el sentido de una declaración general, que vincula fundamentalmente a los poderes públicos y al legislador en cuanto a la necesidad de su respeto y desarrollo en la actividad política y legislativa ordinaria, pero no otorga al ciudadano un derecho subjetivo al trabajo, exigible frente a los poderes públicos o frente a otros ciudadanos.

Pues bien, como señalara BUENO ARÚS hace ya muchos años,<sup>101</sup> el hecho de que, declarado el derecho al trabajo de los internos, se determine legalmente el sujeto obligado a garantizarlo y el contenido y alcance de la obligación de éste, permiten concluir que la legislación en vigor configura aquel derecho como un auténtico «derecho subjetivo frente a la Administración», susceptible de ser exigido, en su caso, a través de los tribunales ordinarios. Ningún obstáculo constituye a lo anterior que para los internos preventivos la obligación de la Administración se encuentre legalmente limitada a los medios de ocupación de que disponga. La imposición obligatoria del trabajo a los penados no por permitida por la normativa mínima internacional deja de ser

---

<sup>99</sup> Cfr. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. “LA RELACIÓN RÉGIMEN PENITENCIARIO-RESOCIALIZACIÓN”, En: *EGUZZILORE, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, N.º. 2 Extraordinario, 1989, Págs. 59 y sgts.

<sup>100</sup> Cfr. NACIONES UNIDAS, “LA INTEGRACIÓN DEL TRABAJO PENITENCIARIO EN LA ECONOMÍA NACIONAL, INCLUIDA LA REMUNERACIÓN DE LOS RECLUSOS”, Londres, 1960 (Doc.A/Conf. 17/29).

<sup>101</sup> Cfr. BUENO ARÚS, Francisco. “NOTAS SOBRE LA LEY GENERAL PENITENCIARIA”. En: *Revista de Estudios Penitenciarios*, Madrid – España, 1978, Pág. 128. “EL TRABAJO PENITENCIARIO Y LA REDENCIÓN DE PENAS POR EL TRABAJO”. En: *Consejo General Del Poder Judicial, Vigilancia Penitenciaria (VI Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria)*, Madrid - España, 1994, Págs. 71 y sgts.

profundamente criticable.<sup>102</sup> Aún cuando tradicionalmente<sup>103</sup> se haya justificado por razones disciplinarias, económicas, regimentales e incluso de tratamiento, difícilmente resulta aceptable desde el prisma resocializador que el recurso a ese tipo de criterios prevalezca sobre aquél para autorizar la imposición en el plano laboral de cargas que, sin afectar a los ciudadanos libres, no sean inseparables de la privación de libertad en que consiste la pena.

La cuestión alcanza, además, un especial relieve desde el prisma jurídico. En este plano, la obligatoriedad del trabajo se erige en un valladar difícil de franquear cara a la plena asimilación entre el trabajo en prisión y el trabajo libre, suscitando no pocos problemas (a la luz de la prohibición internacional del trabajo forzoso) para el empleo en prisión de sistemas de organización del trabajo penitenciario basados en la colaboración con empresas privadas del exterior..

**B) Otros rasgos**

- *No aflictivo, respetuoso de la dignidad del interno.*
- *Protegido por la Seguridad Social.*
- *Carácter formativo, productivo o terapéutico.*
- *Proporcionado por la Administración.*
- *Organizado de manera que se adecue a las aptitudes y cualificación del interno.*
- *No supeditado a motivaciones económicas de la Administración*
- *Presenta las siguientes modalidades:*
  - 1) Formación profesional, que han de alcanzar con carácter preferente.
  - 2) Estudio y formación académica.
  - 3) Producción en régimen laboral o cooperativo.
  - 4) Actividades ocupacionales de corte terapéutico.
  - 5) Prestaciones personales en servicios auxiliares comunes del establecimiento.
  - 6) Trabajos artesanales, intelectuales, artísticos.

Siendo la finalidad principal de la pena privativa de libertad la reeducación y la reinserción social del penado, es decir, la integración del delincuente a la sociedad, cuanto mayor se parezca la vida en el interior de las prisiones a la vida en sociedad y cuanto mayores sean las posibilidades de comunicación con la sociedad, mayores posibilidades de éxito. Por todo ello, la legislación penitenciaria ha previsto una serie de disposiciones tales como:

---

<sup>102</sup> Cfr. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. "UN DEBER (NO OBLIGACIÓN) Y DERECHO DE LOS PRIVADOS DE LIBERTAD: EL TRABAJO PENITENCIARIO". En: BUENO ARÚS Y OTROS, *Lecciones de Derecho Penitenciario*, Alcalá de Henares - España, 1985, Págs. 93 y sgts.; GARCÍA ARÁN, M. "TRABAJO Y EDUCACIÓN EN LOS ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS", *II Jornadas Penitenciarias Andaluzas*, Sevilla - España, 1986, Pág. 31; MAPELLI CAFFARENA, B. "PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL SISTEMA PENITENCIARIO ESPAÑOL", Barcelona - España, 1983, Págs. 227 y sgts. Ver, sin embargo, en sentido contrario, por todos, DE LA MONERA VICENTE, E. "ASPECTOS DEL DERECHO, EL DEBER Y LA OBLIGACIÓN DE TRABAJAR EN LO PENITENCIARIO". En: *Actividad laboral penitenciaria*, N° 7, 1982, Págs. 3 y sgts.

<sup>103</sup> Cfr. BELAUSTEGUI MAS, C. "FUNDAMENTOS DEL TRABAJO PENITENCIARIO", Madrid - España, 1952, Págs. 151 y sgts.; CUELLO CALÓN, E. "LA MODERNA PENOLOGÍA", Tomo I, Barcelona - España, 1958, Págs. 416 y sgts.

- La supresión del traje penal: efectivamente, el interno tiene derecho a vestir su propia ropa. O bien, en todo caso, optar por la que le sea facilitada por el establecimiento.
- Los permisos de salida. La legislación penitenciaria con la finalidad de evitar el desarraigo del interno de su familia ha previsto que se le puedan conceder salidas al exterior

No obstante, aunque la finalidad de las penas privativas de libertad es la reeducación y la reinserción social de los sentenciados, una de las finalidades secundarias de las instituciones penitenciarias, es el ejercicio de una labor asistencial y de ayuda para los internos liberados y también para sus familiares. La asistencia social penitenciaria se regula a través de las Comisiones de Asistencia Social y sus funciones principales son las siguientes:

1.<sup>a</sup> Procurar la reintegración de todos los liberados condicionales o definitivos que estén bajo su tutela, mediante la gestión de colocación en centros laborales.

2.<sup>a</sup> Ayudar a los familiares de los internos y liberados, cuidando especialmente de la educación y formación de sus hijos.

Ahora bien, el personal dependiente de las Comisiones de Asistencia Social, más que ningún otro personal del ámbito penitenciario, debe *ejercer en la sociedad* y procurar que, por ejemplo, no se haga discriminación alguna a los hijos de los internos por motivo de la especial situación en la que se hallen sus padres. Asimismo, el personal de las Comisiones de Asistencia Social deben colaborar no sólo con las entidades dedicadas especialmente a la asistencia de internos y al tratamiento de los excarcelados, sino en colaboración con las instituciones y asociaciones públicas y privadas dedicadas a estas finalidades.

Los rasgos básicos de esta corriente se centran en propugnar un sistema penitenciario que, con directa aplicación de las ciencias conductuales, aspiraría a conseguir un sistema progresivo, individualizado y humanista. Desde esta perspectiva, se pretendería hacer de la prisión un ámbito de intervención profesional sobre la persona y personalidad del condenado para modificar factores que, hipotéticamente, causarían el delito y conseguir así, mediante esta modificación su vuelta a la vida libre en las mejores condiciones para ejercitar socialmente su libertad.

Humanismo propiciado por la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948 y que tuvo inmediata repercusión en el ámbito penitenciario. En este sentido, las Naciones Unidas aprueban ya en 1955 las Reglas Mínimas de Ginebra para el tratamiento de los reclusos, de tinte correccionalista, dirigidas al nuevo objetivo que se presenta: la reinserción y la resocialización en el seno de la política de tratamiento de carácter conductista.

En el ámbito europeo, y basadas en las reglas de Ginebra, el Consejo de Europa adopta en 1973 el texto de las reglas penitenciarias europeas (Reglas Mínimas para el tratamiento de los detenidos). La política penitenciaria europea se orientará, a partir de entonces, en tres direcciones convergentes:

- La pena ha de suponer la simple privación de libertad, sin pretender un sufrimiento anexo.
- Ha de tender hacia la reeducación y reinserción social.
- Máximo respeto hacia los derechos fundamentales de los internos.

Sin embargo, y como señalan diversos autores, como MUÑOZ CONDE, GARCÍA DE PABLOS y MAPELLI CAFARENA entre otros, ya en el año 1978, con independencia de acogerse favorablemente el hecho de apostar por la resocialización frente a la mera retribución de la pena de privación de libertad, se empiezan a manifestar posturas críticas sobre las posibilidades reales de la función de resocialización.

Coinciden muchos autores en que el término mismo de «resocialización» se presta a equívocos y su significado puede ser diverso. El objetivo a conseguir con el programa resocializador que se persigue con la ejecución de la pena, puede variar desde unos mínimos a unos máximos, según se pretenda la reinserción social que implique el retorno del penado a la sociedad civil, con asunción formal de las normas sociales y respeto a las leyes, o el pleno acatamiento de las mismas, llegándose incluso a una modificación de su personalidad.

Los programas máximos o mínimos encuentran también sus defensores o sus detractores entre los juristas. Así, por una parte, se apunta que la aplicación de la función resocializadora a ultranza, podría significar un ataque a los principios de una sociedad pluralista, al pretender una adaptación coactiva a una determinada concepción de la vida social; por otra parte, un programa mínimo que se limite exclusivamente a un comportamiento externo y formal del sujeto penado a la norma legal, para otros autores resulta muy discutible, ya que sin «la interiorización» moral de la norma, falta el fundamento estable a su fuerza determinadora. Conformismo y temor al castigo sin convicción interna respecto al valor o desvalor de la conducta, subsisten únicamente mientras existen los controles coactivos sobre el sujeto.

Por otra parte, la resocialización desde un punto de vista «máximo», en el supuesto de ser factible, plantea asimismo grandes objeciones, ya que parece evidente que una sociedad como la actual, no posibilita un modelo al que poder identificarse, dada la crisis económica, ideológica y moral que atraviesa, y que hace inviable la defensa de un programa resocializador a ultranza. A los anteriores programas mínimos o máximos, algunos autores proponen una «tercera vía». Así ESSER, habla de una «pedagogía de la autodeterminación», que quiere decir en la práctica, ofrecer al penado los diferentes caminos que existen en una sociedad plural y los correspondientes medios, para que tome su propia decisión. Y AFFKE sugiere una «terapia social emancipadora», que sería diferente a la imposición de un modelo de conducta, fundando la actuación exclusivamente en una labor pedagógica y en la capacidad de autodeterminarse del penado a través de la recuperación de su propia dignidad como persona.

La evolución histórica hasta la década de los ochenta pone de manifiesto que las esperanzas iniciales puestas en la denominada ideología del tratamiento

no se han cumplido, y como señala MAPELLI las razones de este desencanto se fundan precisamente, en que estructuralmente la prisión es incapaz de asegurar el éxito de los programas preventivo-especiales. Numerosas investigaciones sociológicas han demostrado que el sistema penitenciario no está en condiciones de realizar su misión resocializadora, y que «entrar en prisión» lejos de favorecer la futura reinserción, se erige en un obstáculo difícil de soslayar. No puede pretenderse una resocialización desde un medio cerrado, donde imperan unas normas regimentales y unas relaciones de dominio que en su interacción provocan, cuanto menos, la despersonalización del sujeto. De esta conclusión — la crisis de la prisión como instrumento de resocialización—, han surgido dos posturas enfrentadas: la primera, inviable y utópica, que postula la desaparición de la prisión; la segunda, que se inscribe en las tendencias neorretribucionistas, predica el abandono de la pretensión resocializadora y reivindica que la prisión vuelva a ser lo que era en un principio: el lugar donde mantener y custodiar a los privados de libertad sin otras pretensiones, para el cumplimiento de una pena justa, acorde con el delito cometido y prescindiendo de la evolución personal del interno.

Al hilo de la crisis de la ideología del tratamiento, el Consejo de Europa, en la amplia exposición de motivos de las Reglas Penitenciarias Europeas (Estrasburgo, 1987) expresa que «La forma de abordar el tratamiento se ha de modificar profundamente: se ha de pasar de sistemas destinados específicamente a influir sobre las actitudes y el comportamiento de los detenidos, a modelos basados en la incentivación del desarrollo de las aptitudes sociales y de las habilidades personales, que mejoren las posibilidades de éxito de la reinserción social». Igualmente, en ellas se concibe el tratamiento en un sentido más amplio, como «cualesquiera medidas tomadas para conservar o recuperar la salud física y mental de los internos, facilitar su reinserción social y mejorar las condiciones generales de su reclusión».

Afrontando las dificultades por las que atraviesa la filosofía del tratamiento, el Consejo de Europa, en las nuevas reglas se distancia de la finalidad «curativa» atribuida al mismo, así como de la prisión como «instrumento reinsertador» y le atribuye de manera simultánea la finalidad de «ofrecer a los internos la posibilidad de incrementar sus posibilidades de reinserción en la sociedad después de su liberación», y de «reducir al mínimo los efectos perjudiciales de la reclusión y las diferencias entre la vida en prisión y la vida en libertad» (Regla 65), ya que la prisión o privación de libertad es una pena en sí misma, y el régimen penitenciario no debe agravar el sufrimiento de aquella causa, sin razón que lo justifique (Regla 64). Según la citada exposición de motivos, las condiciones para el éxito del tratamiento radicarían en *la voluntad de los propios internos, en el grado de cooperación de la prisión y la sociedad exterior, en el modo de inculcar a los reclusos actitudes y competencias que les permitan llevar una vida normalizada en libertad, en la participación de los internos en la vida familiar y comunitaria, y en la integración o asociación de los servicios exteriores a la gestión y al régimen del establecimiento.*

### 2.9.3 NOTA CRÍTICA A LA CADENA PERPETUA

Varios ordenamientos positivos así como diversos pronunciamientos doctrinales mantienen la necesidad de reconocer y aplicar, en supuestos de *especial peligrosidad* de un autor (Ej.: delincuentes sexuales peligrosos incorregibles, autores irresocializables, etc.), una pena denominada *inocuidadora*.

Con esta sanción se pretendería conseguir el fin de *inocuidación* (esto es, hacer inofensivo al autor) o *neutralización* del peligro del sujeto (es decir, desvirtuar la capacidad criminal del mismo), para que este no vuelva a cometer más delitos en el futuro, intentando conseguir la reinserción o rehabilitación social del autor.<sup>104</sup>

Esta pena es la de cadena perpetua, la cual, se impone a sujetos imputables y consistiría en el recurso a medios de aseguramiento cognitivo y contrafáctico de la vigencia de la norma. Trata de crear en el delincuente una suerte de *intimidación individual* en el plano psicológico que opere como *medio de persuasión personal* sobre el delincuente habituado o peligroso para que éste abandone o deje sin efecto sus pretensiones criminales.

Sin embargo esta sanción es objeto de serias críticas, las cuales giran en torno a la afectación *irracional* de los derechos fundamentales de la persona, y la renuncia a la persecución de cualquier fin preventivo – especial positivo sobre el autor de un delito. En efecto, esta pena parece responder, en primer lugar, a los criterios de un insostenible Derecho penal de autor, cuyas reminiscencias hacen recordar épocas totalitarias, por fortuna superadas en la mayoría de los modernos sistemas del Derecho penal. En segundo lugar, quiebra el principio de proporcionalidad, que debe mediar entre el hecho delictuoso y la consecuencia jurídica a imponerse.

Además, el pretendido argumento de la justificación de la cadena perpetua por la *no reinserción social* del delincuente luego del cumplimiento de una sanción es una falacia. El Derecho penal ha de aspirar a que las penas (así como las medidas de seguridad) se dirijan a la reinserción social del sujeto. Y para ello, el legislador penal ha de sancionar los delitos con las penas más apropiadas para tal fin y ha de facilitarse el cumplimiento de la condena, previendo beneficios penitenciarios, etc. asimismo, han de habilitarse de modo suficientemente decente los establecimientos penitenciarios (previendo la posibilidad de iniciar estudios en las cárceles, fomentando la especialización en trabajos profesionales, etc.).

Si no se consigue hacer realidad el fin de la reinserción social del delincuente (lo que en la práctica en amplio porcentaje efectivamente no se logra alcanzar, lo cual se ha indicado en el acápite anterior), por las razones

---

<sup>104</sup> Cfr. POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO ORTS, Miguel. “¿MEDIDAS DE SEGURIDAD INOCUIDADORAS PARA DELINCUENTES PELIGROSOS?. REFLEXIONES SOBRE SU DISCUTIDA CONSTITUCIONALIDAD Y SOBRE EL FUNDAMENTO Y CLASES DE LA MEDIDAS DE SEGURIDAD. En: *Rev. Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N 02, Editorial Grijley, Lima – Perú, 2001, Pág. 504.

que fuere (con frecuencia, por una insuficiencia o ineficacia estatal en el cumplimiento de este cometido, pero no por razón exclusiva o prioritaria del sujeto), se habrá fracasado en uno de los cometidos a que el Derecho penal tiene que tender. Pero, en todo caso, tal fracaso del sistema no debe ser imputado exclusiva y unilateralmente al delincuente.

#### **2.9.4 EL INCUMPLIMIENTO DEL MONTO IMPUESTO COMO PENA DE MULTA**

La pena de multa ha despertado un interés teórico en nuestro medio.<sup>105</sup> El legislador se ha preocupado en regularla suficientemente en la parte general del Código penal, desde 1924 y de preverla con relativa frecuencia como pena en la parte especial, sobre todo en el Código de 1991. Los jueces no son reacios, como parece mostrar la práctica, a aplicarla; aunque no siempre de manera adecuada.

Sin embargo, los juristas han orientado sus análisis, en particular, hacia la interpretación doctrinal de las normas que la regulan. La manera y la frecuencia con que se le aplica, así como la eficacia que tiene, no han sido estudiadas hasta ahora. Mas aún, poco se ha reflexionado sobre la conveniencia de su utilización en un país en donde la desocupación y el subempleo son predominantes, lo que implica que la mayoría de la población no dispone del ingreso mínimo vital.

En un trabajo elaborado, en base de un estudio sobre la pena de multa en derecho penal suizo, Hurtado Pozo hizo algunas reflexiones en esta última dirección. Si bien no son completas, tienen el mérito de mostrar la necesidad de plantearse esta cuestión partiendo de la constatación que el éxito legislativo y judicial de la multa, en países como los europeos, se debía sobre todo al nivel de vida allí alcanzado por los diversos sectores sociales. La escasez de información a nuestro alcance y las características del presente artículo nos impiden aspirar a llenar este vacío. En realidad para lograrlo, es necesario hacer un análisis polivalente de la realidad social y judicial.

En el sistema de días – multa, la pena pecuniaria es impuesta mediante dos pasos claramente distinguibles: el número de días – multa expresa el contenido de ilícito y de culpabilidad, en tanto la determinación del monto de cada día – multa sirve exclusivamente a la adaptación de la pena pecuniaria a la capacidad económica de pago de cada condenado.

La eficacia de la multa depende de que el procesado tenga la capacidad suficiente para soportar la carga económica y de sentirla como una sanción racional y justa. Si estos presupuestos faltan, la razón de ser y la eficacia de la multa son seriamente cuestionados.

---

<sup>105</sup> En este sentido véase: YON RUESTA. " NOTAS SOBRE LA PENA DE MULTA EN LOS DELITOS FINANCIEROS ". En: *Consecuencias jurídicas del delito*, Editorial Gaceta Jurídica, Lima – Perú, 1997, Pág. 375 y sgts.

De acuerdo a la capacidad económica de las personas, en el Código de 1991, se ha considerado dos categorías: los solventes y los insolventes. Los primeros son aquellas personas que poseen una capacidad económica que se determina en función de su "patrimonio, rentas, remuneraciones", la misma que les permite tener un "nivel de gastos" determinado y exponer "signos exteriores de riqueza" (art. 41). Entre los solventes, se distingue además, de un lado, a quienes el pago de la multa, "dentro de los diez días de pronunciada la sentencia" (art. 44), no compromete "los recursos indispensables" para su sustento y el de su familia. De otro lado, a quienes el pago, inmediato y efectivo, crea dificultades de este tipo por lo que conviene "permitir que el pago se efectúe en cuotas mensuales" (art. 44). Además, se individualiza el grupo de las personas que viven "exclusivamente de su trabajo". Los insolventes son los que no pueden pagar la multa por carecer de "patrimonio [sic], rentas o remuneraciones ...". Se comprende entonces no sólo a quienes no tienen renta alguna, sino también a aquellos que sólo cuentan con los "recursos indispensables para su sustento y el de su familia" (art. 44, último párrafo). De modo que si de los que no poseen siquiera estos recursos no se puede esperar que la paguen; lo mismo sucederá en cuanto a los segundos, porque la multa "no debe incidir" sobre dichos recursos indispensables. Entre los condenados insolventes, se distingue los que son incapaces de pagar la multa "por causas ajenas a su voluntad" de los que se han colocado en esta situación voluntariamente (art. 56, segundo párrafo).

Sin embargo, el Juez no maneja adecuadamente el criterio de determinación de la pena pecuniaria, y ello se ve aunado por el poco interés de la doctrina nacional sobre este asunto. En efecto, con el *día – multa* se ha creado una unidad de medida objetivamente equivalente para la medición de la pena pecuniaria, puesto que la adaptación a las distintas situaciones de ingresos de los sujetos sancionados sólo tiene lugar en el segundo paso, constituido por la determinación del importe de cada día – multa. Pero lo primero que tiene que hacer el Juez es determinar la cantidad de los días – multa a aplicar a través de las reglas de la medición judicial de la pena, esta distinción entre la determinación de la cantidad de día – multa y el acto de adaptación de la pena, consistente en la fijación del monto del día – multa. Sólo una vez fijada la cantidad de días – multa corresponderá al Juez determinar el monto de cada día – multa, considerando las condiciones personales y económicas del autor; en este contexto se parte normalmente de la base de un ingreso líquido que el autor tenga o pueda tener en un día de trabajo.

Pero, la falta de manejo y criterios jurisprudenciales a la hora de establecer un materialmente adecuado monto de días – multa no es el único problema, sino que, no existe reglas que permitan solucionar este otro problema: ¿cómo hacer efectivo la pena pecuniaria cuando el condenado no tiene trabajo, o es ama de casa sin ingresos propios, o se halla en período de formación, o si son cesantes o trabajadores por temporada, en suma, cómo afrontar cuestiones de cambio en la situación de ingresos, previsible al momento en que se dicte la sentencia?.

La última reforma penal ha puesto nuevamente en evidencia que la preocupación ha seguido siendo la de perfeccionar la regulación legal y no la



de prever las medidas necesarias para hacer efectiva su aplicación. Así, no se percibe cómo se determinará el importe del día-multa siguiendo lo dispuesto en el art. 41, con las deficiencias de organización, falta de medios materiales y personales que caracterizan el sistema judicial peruano. Si se sigue el sentido literal de la norma, habría que admitir que resulta inaplicable en un país como el Perú, en donde en relación con la mayoría de la población (proveedora del mayor número de procesados) se debería hablar más bien de "signos exteriores de pobreza". En realidad, la referencia al que vive exclusivamente de su trabajo es superflua. Lo que interesa es que se fije, primero, la renta diaria del procesado y, luego, se fije el importe del día-multa considerando lo que necesita para su sustento y el de su familia (art. 44, in fine). Pero, cómo respetar esta exigencia, si el juez no debe fijar el importe del día-multa por debajo del 25 % del ingreso diario y puede hacerlo hasta el 50 % del mismo.

Esto es posible sólo si se considera que la multa es aplicable únicamente a quienes por lo menos tengan una renta diaria que sea superior en un 25% a la que necesitan para subvencionar sus necesidades y las de su familia. Si se admite lo contrario, es de aceptar que mediante la multa se puede restringir, hasta en un 50 %, los recursos indispensables con que cuenta el procesado para vivir. Además de contradecir lo dispuesto expresamente en el art. 44, este criterio es fuente de flagrante injusticia y expresión de una incorrecta política criminal.

Formalmente, el dominio de aplicación de la multa resulta de la frecuencia con que, en la parte especial del nuevo Código, ha sido prevista como pena alternativa a la pena privativa de libertad. Pero también de lo dispuesto en el art. 52. Según esta disposición, "en los casos que no fuera procedente la condena condicional o la reserva del fallo condenatorio, el Juez podrá convertir la pena privativa de libertad no mayor de dos años en otra de multa, prestación de servicios a la comunidad o limitación de días libres...". De esta manera, se ha establecido un sistema de cascada que obliga al juez, cuando concluye que el agente no merece una pena superior a dos años de privación de la libertad, a comprobar, primero, si están o no reunidas las condiciones legales para reservar el fallo (art. 62) o suspender la ejecución de la pena (art. 57). Y, luego, si la respuesta fuera negativa, a apreciar si es o no conveniente sustituirla por la pena de multa, de prestación de servicios a la comunidad (art. 34) o de limitación de días libres (art. 35).

Materialmente, su aplicación está condicionada por la situación económica deplorable en la que vive la gran mayoría de la población. En países como el Perú, en donde la pobreza es generalizada y los delincuentes se reclutan sobre todo en los sectores menos favorecidos, la preocupación fundamental debió ser la de qué hacer cuando el procesado es un desocupado, un subempleado que no tiene ingresos suficientes para satisfacer convenientemente sus necesidades elementales o un empleado (en el sector privado o público) que para cubrir el presupuesto mínimo familiar debe efectuar otra u otras actividades complementarias. Esta es la realidad que hace hasta ahora inaplicable el sistema de días-multa en el Perú.

Por otro lado, el caso de los insolventes no ha sido claramente regulado en el nuevo Código, a diferencia del derogado. En éste, de manera simple, se establecía que en caso de una persona sin bienes, empleo, industria y sin salario, se "considerará como renta el salario normal" y, si la multa no era pagada se "convertirá en prisión a razón de un día por cada sol". Para evitar los inconvenientes de esta regulación, en el Código de 1991, se ha flexibilizado sobre todo la conversión de la multa impaga. Así, primero, en lugar de la pena privativa de libertad se prevé su conversión en una pena de limitación de días libres (la ley dice equivocadamente "limitativa de derechos") o de prestación de servicios a la comunidad.

Segundo, se establece una equivalencia favorable al condenado "de una jornada por cada siete días-multa". La regulación es deficiente en cuanto se alude al "condenado" que "deviene insolvente por causas ajenas a su voluntad", con lo que parecería que hasta la condena el procesado era solvente y sólo después de ser condenado, por causas ajenas a su voluntad, pierde su capacidad para pagar la multa. Si fuera así, esto debería suceder dentro del plazo legal de diez días o mientras se ejecuta en sus bienes o la cancela mensualmente. Sin embargo, la interpretación más conveniente y coherente con el sistema escogido es la de comprender que la ley se refiere más bien al procesado, quien previendo una condena a la pena de multa puede voluntariamente colocarse en insolvencia. Si obra de esta manera, debe convertirse la multa en pena privativa de libertad. Pero si no es así, debe aplicarse una de las penas limitativas de derechos previstas como substitutos.

Esta situación se ve aunada por la figura del cuadro decorativo de la pena de multa: no hay mecanismos de control ni de ejecución del pago en nuestro ordenamiento jurídico – nacional; ni siquiera en el marco del trabajador penitenciario se ha establecido que el monto que gana sea destinada, en un porcentaje, al pago de la multa impuesta en la sentencia condenatoria.

En suma, son cuestiones que hacen disfuncional la pena de multa en el Derecho penal peruano, quedándonos con la sensación que el catálogo de penas presenta serias falencias que es menester solucionar, ya sea con mecanismos alternativos, substitutivos o complementarios a la sanción penal.

#### **2.9.5 LA INAPLICACIÓN DE LAS PENAS LIMITATIVAS DE DERECHOS POR PARTE DE LOS APLICADORES DEL DERECHO**

En el anterior capítulo comentamos lo referente a las penas limitativas de derechos, sin embargo, en el presente acápite (y continuando con el análisis crítico de las diferentes penas previstas en nuestro Código punitivo), resaltaremos los aspectos negativos de la Ley N° 27030 y del D.S. N° 005-2000-JUS, los cuales regulan este tipo de sanción penal.

En lo que respecta a la limitación de días libres, cuando se prevé como pena originaria, el juzgador tendrá que determinar el número de fines de semana y el número de horas que habrá de imponer en cada caso concreto, atendiendo a las reglas propias de la medición judicial de la pena. Asimismo, el art. 52° del C.P.

consagra un factor de conversión de siete días de privación de libertad por una jornada de limitación de días libres para los casos en que la sanción materia del presente comentario sea aplicada en calidad de pena sustitutiva, pero no se ha pronunciado respecto de por cuántas horas habría de estar compuesta cada jornada de limitación semanal.

Pero siendo acuciosos, de acuerdo al art. 4 literal d) de la Ley N° 27030, se señala la inscripción de las entidades del país que puedan brindar apoyo gratuito en las tareas educativas a impartir en la ejecución de la pena de limitación de días libres. Sin embargo, nuestra idiosincrasia, sumada a los condicionamientos que impone la crisis económica que afronta el país, hace que sean realmente pocas las entidades que contando con especialistas puedan y estén dispuestas a trabajar gratuitamente en las tareas orientadas a la rehabilitación del condenado, representando esta situación un gran obstáculo para las posibilidades generales de ejecución de las penas de limitación de días libres. Aún cuando dicho obstáculo se pueda superar, es reproable que el Estado eluda su responsabilidad en la lucha contra la delincuencia por ahorrarse la partida presupuestaria necesaria para pagar a los especialistas que deberían encargarse de impartir las orientaciones rehabilitadoras.

Asimismo, ni la Ley N° 27030 y del D.S. N° 005-2000-JUS han previsto qué hacer en los casos en que no existan entidades receptoras en el lugar donde deba cumplirse la limitación de días libres o las plazas resulten insuficientes. No se puede postular para estos casos la aplicación analógica del art. 10° del D.S. N° 005-2000-JUS, permitiendo el cumplimiento de la pena en entidades no registradas, pues en nuestro país no existen entidades que de por sí se dediquen a brindar orientaciones rehabilitadoras a las personas que han incurrido en comportamiento criminal.

Finalmente, en las penas limitativas de derechos, resulta conveniente que la legislación incorpore una norma mediante la cual se prevea de manera expresa la posibilidad de variar las condiciones de ejecución de estas penas en caso se presentaran causas que hicieran imposible o extremadamente dificultoso para el sentenciado que la sanción se continúe cumpliendo en las mismas condiciones que se acordó en un inicio.

## **CAPÍTULO III**

### **LA RESERVA DEL FALLO CONDENATORIO**

#### **3.1 CONTEXTO: MECANISMOS ALTERNATIVOS A LAS SANCIONES PENALES**

El rigor del principio clásico de que todo delito debe ser reprimido ha sido, progresivamente flexibilizado mediante la introducción de una serie de excepciones. Estas han sido establecidas tanto en el ámbito procesal como en el del derecho penal material. Sin olvidar la amnistía (olvido del delito) y el indulto (perdón de la pena), pensamos en particular en medidas más recientes inspiradas en la idea de que la pena (restricción y privación de derechos fundamentales) debe ser impuesta y ejecutada sólo si es necesaria para cumplir los fines de prevención general o especial.

En el derecho procesal, esta tendencia se pone en evidencia, por ejemplo, con la admisión del principio de la oportunidad del ejercicio de la acción penal. Según el art. 2 del Código Procesal Penal de 1991, se faculta al Ministerio Público a abstenerse, con el consentimiento expreso del imputado, de ejercitar la acción en caso de: insignificancia del delito, culpabilidad mínima del agente o padecimiento por parte de éste de los efectos producidos por su propio comportamiento delictuoso.

En el Código Penal de 1991, se ha previsto, junto a la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la reserva del fallo condenatorio como excepciones al principio que el delito debe tener necesariamente como consecuencia el castigo efectivo del responsable. Así mismo, estos medios de reacción penal han sido considerados, junto a la pena de multa, para evitar los efectos negativos del encarcelamiento. Con este fin se busca excluir tanto las penas privativas de libertad de corta duración, como las de mediana duración.

A continuación, se analizarán estas y todas aquellas medidas alternativas a la ejecución de una sanción penal.

##### **3.1.1 LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA (ARTS. 57 – 61 C.P)**

Mediante la suspensión de la ejecución de la pena impuesta se impone al procesado, cuando procede privársele de su libertad por no más de cuatro años, una sanción especial. La libertad del condenado es restringida imponiéndosele determinadas obligaciones durante un plazo de prueba, bajo la amenaza de ejecutar efectivamente la pena en caso de incumplimiento.

Antes de entrar en materia, es conveniente plantear una cuestión de terminología. La denominación condena condicional utilizada en el Código de 1924 y, frecuentemente, en la doctrina para designar la suspensión condicional de la ejecución de la pena ha sido criticada afirmándose que no es la condena la afectada por la condición sino la ejecución de la pena. Por esto se ha preferido emplear, en el Código de 1991, la expresión “suspensión condicional

de la ejecución de la pena”.<sup>106</sup> La discusión pierde importancia cuando se precisa la perspectiva que se adopta. Si se tiene en cuenta en que consiste la medida y su efecto inmediato, resulta mejor hablar de suspensión condicional de la ejecución de la pena. Pero si se considera su efecto mediano y decisivo (la condena se tiene por no pronunciada), no es del todo desacertado denominarla condena condicional. La ventaja de la primera fórmula es que comprende todos los casos, mientras que la segunda se refiere sólo a los casos exitosos.

En la doctrina extranjera, especialmente de habla alemana, se discute mucho sobre cómo clasificar a la suspensión de la ejecución de la pena. Las opiniones divergen en la medida en que se le considera una especial clase de pena;<sup>107</sup> un modo de ejecutar determinadas penas privativas de libertad; una medida de corrección; un medio de reacción penal independiente de las penas y de las medidas de seguridad;<sup>108</sup> un procedimiento para individualizar la pena; o, finalmente, como un sucedáneo de las penas privativas de libertad.

La deficiencia de estos criterios radica en su carácter unilateral. La complejidad de la condena condicional se debe a que cumple múltiples funciones tanto de índole preventiva como punitiva. Esta realidad es implícitamente considerada en las propuestas mencionadas. Sus autores no hacen sino poner en primer lugar uno de los aspectos.

Para superar estas dificultades, se ha sostenido, por ejemplo, que ésta es, materialmente, una medida correctiva que implica la cooperación del autor, y, formalmente, una particular pena privativa de libertad (aunque no ejecutable condicionalmente). Y que la condena condicional, de acuerdo a las disposiciones legales, no es una pena ni una medida de seguridad, sino tan sólo una modalidad de ejecución de la pena, pero que si se tiene en cuenta sus fines, debe ser concebida como un medio para resocializar el condenado.

La idea que la condena condicional representa un privilegio para el delincuente es, generalmente, admitida por quienes sostienen una concepción, sobre todo, favorable a la retribución.

Así, no debe sorprender que se sostenga este criterio, si se piensa que una pena privativa de libertad de seis meses es un castigo insignificante o irrisorio.<sup>109</sup>

---

<sup>106</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE / GARCIA ARÁN. Ob. Cit., Pág. 498.

<sup>107</sup> HANS WELZEL dice: “La suspensión a prueba de la pena contiene una auténtica sanción”. En: “DERECHO PENAL ALEMÁN, PARTE GENERAL”, 11a edición, Santiago de Chile, 1970, Pág. 345; RICARDO NÚÑEZ, siguiendo a Herrera, afirma: “Es una verdadera pena de advertencia o de intimidación, fruto del principio de la individualización de la pena”. En: “DERECHO PENAL ARGENTINO”, Tomo. II, 21a edición, Buenos Aires, 1965, Pág. 523.

<sup>108</sup> JÜRGEN BAUMANN manifiesta: “La suspensión de la ejecución de la pena es una consecuencia jurídica de tipo especial, si se pretende seguir una tercera vía en el derecho penal”. Cfr. JESCHECK. Ob. Cit., Pág. 759; VELÁSQUEZ V. Fernando. Ob. Cit., Pág. 748.

<sup>109</sup> Es la tendencia que indicaba el texto original del artículo 53, *in fine*, del Código de 1924, en el que se hacía referencia al “beneficio de [la] suspensión condicional”. La exposición de motivos del anteproyecto del Código de procedimientos penales se

Por otro lado, la suspensión de la ejecución de la pena, bajo la denominación de condena condicional, fue también una de las formas de recepcionar la idea de la probation anglosajona. Primero, tuvo lugar en Bélgica mediante las leyes de 1888 y, luego, en Francia en 1891. Es este modelo franco-belga, el que Maúrtua, siguiendo a los proyectos suizos, toma en cuenta para incorporarla en su proyecto de 1916, que devino Código en 1924 (arts. 53 y ss).

Una situación particular se creó cuando, el 23 de noviembre de 1939 y por iniciativa de la Corte Suprema, se modificaron las disposiciones relativas a la condena condicional y, en la misma fecha, se promulgó el nuevo Código de procedimientos penales, cuyo artículo 286 trata, también, de la condena condicional. Sin embargo, en ambos casos la condena condicional fue definida, en el sentido del Código penal, como la suspensión de la ejecución de la pena bajo la condición de que el condenado se porte bien durante un período de prueba.

El artículo 286 del Código de procedimientos penales, aún vigente, que dejó sin efecto la modificación de 1939, puede considerarse de origen francés; pero constituyó, en buena cuenta, un retorno al texto original del artículo 53.

Asimismo, en 1924, al introducirse por primera vez la condena condicional en nuestra legislación, el fin primordial que se perseguía, siguiendo el modelo suizo, era evitar la aplicación efectiva de penas privativas de libertad de corta duración.<sup>110</sup> Por esta razón, su aplicación fue limitada a las penas privativas de libertad no mayores de seis meses de duración. Sin abandonar este objetivo, pero buscando sobre todo evitar los efectos negativos del encarcelamiento, el ámbito de aplicación fue ampliado a las penas de mediana duración (dos años, según D. Leg. 126 de 12 de junio de 1981). Tendencia que se acentúa en el Código de 1991, en el que se prevé el tope de cuatro años. La predominancia de dicho objetivo se evidencia también en el hecho que se prevé con respecto a la pena de multa. Si se consideró por el contrario en el Código derogado, fue en razón a que, en caso de no cancelación, podía ser convertida en pena privativa de libertad de corta duración.

Por otro lado, en lo que se refiere a las condiciones para su concesión, se tiene lo siguiente:

#### **a) Respecto a la pena**

Según el art. 57, el juez puede suspender la ejecución de la pena privativa de la libertad que no sea mayor de cuatro años. Estamos lejos de la

---

refiere, igualmente, a la condena condicional como un “beneficio”, ver: REVISTA DEL FORO, Lima 1939, p. 301. Respecto a la jurisprudencia de la Corte Suprema relacionada al CP de 1924, que también admitía con frecuencia este criterio ver: HURTADO POZO, J., “Condena condicional”, en *Derecho*, n. 31, 1973, p. 60 y ss.

<sup>110</sup> En la exposición de motivos, el legislador expresaba: “Entre los sistemas creados con tanta felicidad para sustituir las penas de prisión de corta duración, el proyecto ha adoptado el sistema franco-belga, que consiste en suspender la ejecución de la condena”.

cautela con la que, en 1924, sólo se previó esta medida con relación a la pena de prisión que no excediera seis meses. Entonces, el legislador justificó su decisión diciendo que “el tiempo mínimo adoptado para la pena de prisión se explica fácilmente por tratarse de un medio enteramente nuevo cuya aplicación demanda suma prudencia”.

Este límite era demasiado bajo, si se tiene en cuenta que en el modelo helvético era de un año<sup>111</sup> y que, por ejemplo, en 1921, el legislador argentino lo había establecido en dos años. Ese criterio resultaba así mismo incongruente debido a que, en el Código de procedimientos penales, se declaraba procedente la liberación provisional (destinada también a evitar el ingreso del delincuente en prisión) en caso de inculpadados por delito sancionado con no más de dos años. En la práctica, la restricción del ámbito de aplicación de la condena condicional produjo el efecto no deseado consistente en que los jueces imponen penas de seis meses, aun cuando no correspondieran a la gravedad del acto y a la culpabilidad del agente, para poder, de esta manera, conceder la condena condicional.

El nuevo límite establecido en el art. 57 es conforme a la tendencia legislativa de las últimas décadas. Si se consultan los más recientes Códigos penales europeos se constata que, por ejemplo, en el Código español de 1995, art. 80, inc. 1, es fijado en dos años; en el Código francés de 1994, art. 132- 31, se estatuye en cinco años; en el Código portugués de 1982 (art. 48) se fija en 3 años. En América Latina, el Código colombiano de 1980 (art. 68) prevé el límite de tres años; en 2, lo fija el Código brasileño de 1984 (art. 77) y para los condenados mayores de 70 años, en 4 años (art. 77, párrafo 2). El Código de Costa Rica de 1970, art. 59, indica el límite de 3 años. Teniendo en cuenta la influencia que ha tenido en nuestra legislación el derecho suizo, es interesante señalar que la ley de reforma del 18 de marzo de 1971 aumentó el límite original de un año a dieciocho meses y que, en el art. 42 del Proyecto de reforma de la Parte general, se fija en tres años.

En los proyectos de Código penal, los límites fluctuaron entre los 3 o 4 años. Se fijó el límite en 3 años en los publicados en setiembre de 1984 (art. 40, inc. 1) y en octubre del mismo año (art. 62). Sin mencionar la pena de multa, como se hacía en los dos anteriores, el mismo límite fue conservado en los proyectos de 1985 (art. 73, inc. 1) y 1986 (art. 72, inc. 1). El límite de 4 años, figuró por primera vez en el proyecto de 1990 (art. 61, inc. 2) y, así mismo, en el de 1991 (art. 57, inc. 1). Los autores de estos dos últimos proyectos, se inspiraron muy probablemente en el proyecto español elaborado por el Grupo parlamentario del Partido Comunista y en el Código brasileño. El primero establecía, en su art. 67, último acápite, el límite de 4 años con carácter excepcional y el segundo, art. 77, párrafo 2, para los condenados mayores de 70 años.

Retomando nuestra legislación, poco importa el tipo y la gravedad del delito que el condenado ha cometido. Lo decisivo es que la pena impuesta, de acuerdo con las reglas relativas a la individualización de la sanción (art. 46 y

---

<sup>111</sup> Cfr. ABASTOS, Manuel. “EL DELINCUENTE EN EL CÓDIGO MAÚRTUA”. En: *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, Lima 1938, Pág. 311.

ss.), no supere el límite establecido en el art. 57. En consecuencia, la manera, el tiempo y el lugar de la perpetración, los medios usados; es decir, el tipo y la gravedad del delito no son determinantes para suspender la ejecución de la pena. Estos factores son considerados, por el juez, al momento de individualizar la pena. Con razón afirmaba Ángel Gustavo Cornejo que “la importancia o naturaleza del delito no entra en consideración para otorgar la condena condicional”. Debe distinguirse claramente estos dos aspectos; de lo contrario, se tenderá a excluir la condena condicional por razones puramente objetivas (naturaleza del delito, frecuencia de su comisión, necesidad de sancionar hechos de la naturaleza del delito en cuestión). Esta concepción equivocada sirvió de base a diversas ejecutorias de la Corte Suprema en los años siguientes a la introducción de la condena condicional.

### **b) Pronóstico favorable**

En cuanto a la suspensión de la ejecución de la pena, a diferencia de la regulación prevista en el Código derogado, la establecida en el nuevo Código corresponde mejor a los fines perseguidos. No se hace depender más su aplicación de criterios formales y objetivos, como si el condenado “no hubiere sido objeto por razón de delito intencional de ninguna condena anterior nacional o extranjera” (art. 53, inc. 1, del Código de 1924). Circunstancias de este tipo deben ser tomadas en cuenta al momento de individualizar la pena. Una vez que se ha establecido la pena inferior de cuatro años, la suspensión de su ejecución sólo depende del pronóstico favorable que no volverá a cometer nuevo delito.

De manera semejante al art. 68 del Código colombiano, el inc. 2 del art. 57 establece como segunda condición “que la naturaleza, modalidad del hecho punible y la personalidad del agente hiciera[n] prever que esta medida le impedirá cometer nuevo delito”. En nuestro Código derogado, se hacía simplemente referencia a “los antecedentes y el carácter del condenado”.

Teniendo en cuenta como ha sido considerada y aplicada la “condena condicional” entre nosotros, debemos destacar una vez más que, si bien no es de recurrir a la noción de peligrosidad social del delincuente, tampoco es de caer en un criterio unilateral (material o formal). La aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena (lo mismo vale para la reserva del fallo) no puede depender del tipo de delito, del hecho que el procesado haya cometido otros delitos o haya sido condenado anteriormente o de la constatación que es un delito cometido muy frecuentemente. Tampoco debe estar supeditada a que se considere, a priori, como peligrosos a determinados delincuentes en razón a alguna circunstancia personal: por ejemplo, alcohólicos, drogadictos, cleptómanos... Excluir la suspensión de la ejecución de la pena o la reserva del fallo invocando, unilateralmente y de manera formal, una de estas circunstancias implicaría considerar a la prevención general como el factor decisivo. Esto las desnaturalizaría completamente en la medida en que desconocería que ambas se orientan sobre todo hacia una mejor individualización de la reacción penal en función de las condiciones personales del condenado.



Si el Juez considera la procedencia de la suspensión de ejecución de la condena, entonces expedirá sentencia, la cual, estará constituida tanto por la parte considerativa como resolutive. Mediante esta última, el juez condena al procesado a la pena privativa de libertad que le corresponde de acuerdo a su culpabilidad, fijándole el monto de la reparación civil que proceda. La ejecución de esta pena es suspendida por el juez, en el fallo de la sentencia. Al mismo tiempo, somete el condenado a un periodo de prueba imponiéndole las reglas de conducta que estime conveniente. De modo que, en el caso de revocarse la suspensión, se sabe qué pena debe ser ejecutada.

En lo que se refiere al régimen de prueba, tanto por la menor duración del plazo como por su flexibilidad, el art. 57 es más acertado que el art. 55 del Código derogado, en el que se establecía el plazo fijo y único de cinco años. Ahora, el juez, según la personalidad del condenado y las circunstancias del caso particular, individualizará su duración entre el mínimo de un año y el máximo de tres.

El criterio flexible adoptado es conforme a la orientación de la legislación extranjera. De esta manera, nuestro legislador ha preferido dejar cierta libertad al juez para que determine la duración del plazo de prueba en cada caso particular. Así, se respetan mejor sus fines al tenerse como factor decisivo el aspecto personal del condenado.

### **3.1.2 LA EXENCIÓN DE LA PENA (ART. 68 C.P.)**

Según Prado Saldarriaga, a esta medida alternativa se relaciona con los criterios generales del llamado *perdón judicial*. Esto es, con la facultad conferida por la ley al órgano jurisdiccional para dispensar de toda sanción al autor de un hecho delictivo.<sup>112</sup>

El fundamento de la exención de pena resulta de consideraciones de prevención especial y de oportunidad o merecimiento de pena. De modo tal, que en atención a las circunstancias del hecho punible, a las condiciones personales del autor o partícipe, o a la naturaleza de los bienes jurídicos afectados, la respuesta punitiva aparece en el caso concreto como innecesaria o desproporcionada.<sup>113</sup>

La legislación peruana establece dos requisitos para la procedencia de la exención de pena. Uno, cualitativo, está en función del tipo de pena conminada en la ley para el delito cometido. Y el otro, valorativo, toma en cuenta el grado de culpabilidad del autor o partícipe.

El primer requisito señala que la medida es procedente si la pena prevista para el delito cometido es privativa de libertad no mayor de dos años o se trata de pena de multa o de pena limitativa de derechos. El segundo requisito alude a que la culpabilidad del agente sea mínima.

---

<sup>112</sup> Cfr. PRADO SALDARRIAGA, Víctor. "LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS...", Ob. Cit., Pág. 212.

<sup>113</sup> Ibidem, Pág. 213.

Finalmente, cabe indicar, que en el Anteproyecto de Parte General del Código de Penal del 2004, ha variado la denominación del texto del artículo vigente, que se refiere a la “*exención de pena*”, por el término “*dispensa de pena*” (art. 70 °), en razón de que propiamente no se trata de una exención de pena, sino de una dispensa de la misma.

Ello, en tanto que la exención a la que hace referencia el artículo vigente es de la sanción, entendiendo a ella como eximente. No obstante, en el anteproyecto se opina que al indicar que se trata de una dispensa de la pena, se guardaría concordancia con el espíritu de la norma en vista a que la misma pretende evitar la ejecución de penas de corta duración.

### **3.1.3 EXCURSO: MECANISMOS SUSTITUTIVOS A LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD**

#### **3.1.3.1 SUSTITUCIÓN DE PENAS (ARTS. 32 – 33 C.P.)**

Esta medida involucra la aplicación, en lugar de la pena privativa de libertad, de otra pena de naturaleza distinta y no detentiva del condenado.

Así, en la legislación peruana, esta figura procede cuando se le ha impuesto al condenado una pena privativa de libertad (de carácter efectivo) no superior a cuatro años. Frente a ello, la pena privativa de libertad se sustituye por una pena de prestación de servicios a la comunidad, o de limitación de días libres. Asimismo, el condenado debe cumplir con la pena sustituta y abstenerse de cometer nuevo delito. Además, deberá pagar el monto de la reparación civil, fijada en su condena.

#### **3.1.3.2 CONVERSIÓN DE PENAS (ARTS. 52 – 54 C.P.)**

La conversión de penas es una forma de conmutación de sanciones.<sup>114</sup> En tal sentido, pertenece a aquellas medidas alternativas que se conocen específicamente como sustitutivos penales. Consiste esencialmente en reemplazar una pena privativa de libertad, conminada o impuesta judicialmente, por otra sanción de distinta naturaleza.<sup>115</sup> O como señala De la Cuesta Arzamendi, ante “la no necesidad para el sujeto concreto de una pena cualitativamente tan grave, buscan la sustitución pura y simple de esas penas por otras, pretendidamente menos dañosas para el individuo y la sociedad”.<sup>116</sup>

En el derecho penal comparado, este sustitutivo penal es designado también con otras denominaciones. En el derecho penal brasileño, español y

---

<sup>114</sup> De allí que PEÑA CABRERA precise de modo concreto que “La conversión no es otra cosa que la sustitución de una pena por otra”. Cf. PEÑA CABRERA. Ob. Cit., Pág. 532.

<sup>115</sup> Cfr. PRADO SALDARRIAGA, Víctor. “LA CONVERSION DE PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD EN EL DERECHO PENAL PERUANO Y SU APLICACION JUDICIAL”. En: *Anuario de Derecho Penal: Sistema de sanciones Penales*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima – Perú, 1998, Pág. 259.

<sup>116</sup> Cfr. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., “ALTERNATIVAS A LAS PENAS CORTAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD EN EL PROYECTO DE 1992”. En: *Política Criminal y Reforma Penal*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid - España, 1993, Pág. 322.

portugués se le conoce como “**sustitución de penas**”, mientras que en Costa Rica y Guatemala se le denomina “**conmutación de penas**”.<sup>117</sup> Ahora bien, es también frecuente que algunos sistemas jurídicos como el mexicano utilicen ambas denominaciones, reservando la de conmutación para el caso en que la medida opere sobre delitos de carácter político. Sólo el Código Penal Tipo para Latinoamérica emplea de modo exclusivo la expresión “**conversión de penas**”.<sup>118</sup>

En el caso concreto del Perú, la legislación vigente trata, en cambio, de dos instituciones paralelas a las que identifica alternativamente como “**sustitución de penas**” (art. 32) y “**conversión de penas**” (art. 52), estableciendo notorias diferencias entre ambas.

Así, en lo que se refiere a la conversión de la pena privativa de libertad puede hacerse, alternativamente, con penas de multa, de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres.

Para que proceda esta medida alternativa se exigen dos condiciones concurrentes:

a) Que la pena impuesta en la sentencia condenatoria no exceda a dos años de pena privativa de libertad.

Según la doctrina nacional, este límite temporal resulta reducido si se tiene en cuenta que en los proyectos de septiembre de 1989 (art. 57) y de julio de 1990 (art. 58) el legislador optó por señalar un máximo de 3 años de pena privativa de libertad. Además, no resulta homogéneo con los que son considerados para la procedencia de otras medidas alternativas, como la sustitución de penas (3 años), suspensión de la ejecución de la pena (4 años), o la reserva del fallo condenatorio (3 años). Es de mencionar que en otros países la conversión se autoriza incluso para casos de penas privativas de libertad de hasta cinco años, tal como ocurre en el Código Penal de Guatemala (art. 50).

b) Que en el caso concreto no sea posible aplicar al sentenciado una suspensión de la ejecución de la pena o una reserva de fallo condenatorio.

Este último requisito no es muy común en el derecho extranjero. A nivel latinoamericano, sólo el Código Penal panameño de 1982 adopta una limitación similar. Su artículo 82º señala expresamente “**Cuando no proceda la suspensión condicional de la pena**, el tribunal podrá reemplazar la pena de prisión impuesta no mayor de un año por una de las siguientes: 1. Conversión a días multa, y 2. Reprensión pública o privada”.

---

<sup>117</sup> Cfr. Código Penal brasileño (art. 44), Código Penal español (art. 88), Código Penal portugués (arts. 43 y 44), Código Penal de Costa Rica (art. 69) y Código Penal de Guatemala (art. 50).

<sup>118</sup> Cfr. Código Penal de México (arts. 70 y 73) y Código Penal Tipo para Latinoamérica (art. 80).

Ahora bien, la incorporación de dicho presupuesto negativo en la legislación nacional nos permite diferenciar la conversión de la sustitución de penas que regula el artículo 32 y, a la vez, la coloca como una medida alternativa de **carácter subsidiario** frente a las otras que regula el Código de 1991.

Es de destacar que en el derecho vigente no se incorpora normativamente exigencias que obliguen al Juez a discernir sobre los antecedentes y las condiciones personales del condenado, a fin de aplicar una conversión. Esto si suele ser frecuente en el derecho comparado como lo demuestran los Códigos penales de México (art. 70, *in fine*), España (art. 88) y Portugal (art. 44.1). Tampoco en nuestra legislación se definen criterios que orienten a la autoridad judicial para decidir acerca de la conveniencia de aplicar en la conversión una pena pecuniaria o de limitación de derechos. Es decir que también en este ámbito, la discrecionalidad del Juez resulta ser casi absoluta, ya que es de asumir que en la sentencia se deberá fundamentar la razón de la pena sustitutiva elegida.

En lo concerniente al proceso de conversión de las penas privativas de libertad en penas de multa, o de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres, la ley define las equivalencias siguientes:

- a. Un día de privación de libertad por un día-multa.
- b. Un día de privación de libertad por una jornada de prestación de servicios a la comunidad.
- c. Un día de privación de libertad por una jornada de limitación de días libres.

Cabe objetar que las variables de la ecuación que rige la conversión con penas limitativas de derechos no son adecuadas y dilatan excesiva y desproporcionadamente el periodo de cumplimiento.<sup>119</sup> En efecto, dado que las penas de prestación de servicios a la comunidad y de limitación de días libres se contabilizan en jornadas de fines de semana, el hecho de poder transformar un máximo de 730 días de pena privativa de libertad en tales sanciones, produciría como resultado una pena convertida de 730 jornadas semanales, que obligaría al condenado a cumplir la pena durante catorce años. El legislador peruano no ha tenido en cuenta, pues, que tratándose de penas limitativas de derechos los modelos extranjeros sugerían términos equivalentes y prudentes para la conversión. Es así que el Código Penal Tipo para Latinoamérica fijaba como límite seis meses de trabajo obligatorio (art. 80) y el Código Penal de Cuba establece tres años (art. 33).

La conversión de penas genera en el condenado dos obligaciones fundamentales. Por un lado, debe cumplir adecuadamente la pena convertida. Y, por otro lado, debe abstenerse de cometer nuevo delito doloso cuando menos mientras dure el periodo de ejecución de dicha pena. Según los artículos 53 y 54, la infracción injustificada de tales obligaciones puede acarrear la revocatoria de la conversión. En este último supuesto, se producirá una

---

<sup>119</sup> Cfr. PRADO SALDARRIAGA, Víctor. "LA CONVERSIÓN...", Ob. Cit., Pág. 265.

reconversión, que llevará al condenado a cumplir la pena privativa de libertad que le fue impuesta en la sentencia y, en su caso, la correspondiente por el nuevo delito cometido. Se trata de la llamada “ **cláusula de retorno** ” y que como señalan Mapelli y Terradillos implica “la recuperación de la pena desplazada (cláusula de retorno). Si el incumplimiento es inicial, aquella se ejecuta en su totalidad; si es parcial, se emplea la misma regla de conversión pero en sentido inverso”.<sup>120</sup>

Es de advertir que la revocatoria requiere un apercibimiento previo por parte de la autoridad judicial. Dicha amonestación debe materializarse de modo formal y no limitarse a una simple notificación. Sin embargo, este requerimiento se hace innecesario cuando la infracción en la que incurrió el condenado supone la comisión de un nuevo delito doloso cuya pena conminada es de tres años o más de privación de libertad, puesto que ante tal circunstancia la revocatoria será inmediata. Por tanto, como señala Villavicencio, “ si la sanción prevista fuera la de prestación de servicios a la comunidad (así el caso del delito previsto en el art. 163) o la de limitación de días libres (ejemplo, el delito previsto en el art. 164) o de multa (verbigracia, el delito previsto en el artículo 131), la revocación no se da ”. Igualmente, tampoco procedería una revocación automática como plantea el artículo 53 del Código Penal si el nuevo delito cometido fuera sancionado con pena privativa de libertad inferior a tres años.

De producirse la revocatoria, el Juez deberá descontar para la reconversión, la parte de sanción que el condenado cumplió a través de la pena convertida. Para ello el artículo 53 establece la siguiente tabla de compensación:

- a) Un día de multa por cada día de privación de libertad.
- b) Una jornada de servicio a la comunidad o una de limitación de días libres por cada siete días de pena privativa de libertad.

Es importante advertir que estos términos de compensación para el caso de penas de prestación de servicios a la comunidad y de limitación de días libres, son diferentes a los previstos en el artículo 52. No obstante, resultan ser más equitativos y adecuados a las características ejecutivas de tales penas, razón por la cual de *lege ferenda* debemos sugerir su homologación para el procedimiento de conversión.

### **3.2 LA RESERVA DEL FALLO CONDENATORIO**

La reserva del fallo condenatorio es una de las tres opciones que tiene el juez al momento de dictar sentencia, además de absolver o condenar a un encausado. En mayo último, se recuerda, fue empleado en el caso de la periodista inglesa Sally Bowen.<sup>121</sup>

<sup>120</sup> MAPELLI CAFFARENA, B./TERRADILLOS BASOCO, Juan. “LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO”, 3ra. Edición, Editorial Civitas, Madrid - España, 1996, Pág. 106.

<sup>121</sup> El pasado cuatro de mayo, el juez Alfredo Catacora Acevedo reservó el fallo condenatorio en la querella seguida por el empresario Fernando Zevallos contra Sally Bowen, coautora con Jane Holligan del libro “El espía imperfecto”. El magistrado

Consiste en la no imposición de una condena contra el inculpado, pero éste queda sujeto a la advertencia de mantener un comportamiento adecuado durante un “período de prueba”, dentro del cual debe cumplir las reglas de conducta que le señale el magistrado.

A continuación, se analizará toda la temática relacionada con esta figura procesal.

### **3.2.1 DENOMINACIÓN**

En lo que concierne a la medida prevista en el art. 62, los redactores de nuestro Código han preferido el término reserva en lugar del de suspensión, utilizado en los proyectos españoles. La denominación aparece acertada en la medida en que, según el art. 63, el juez “se abstendrá de dictar la parte resolutive de la sentencia”.

Tratándose de sentencia condenatoria, en el fallo o parte resolutive de la sentencia se fija la pena, individualizada conforme a las circunstancias materiales y personales establecidas en los considerandos de la misma.

De modo que al no dictarse la parte resolutive, el juez se reserva la posibilidad de hacerlo en caso de incumplimiento de las condiciones que el sentenciado debe ejecutar durante el plazo de prueba. En este sentido, resulta mejor hablar de reserva de fallo que de suspensión. Pero depende, en definitiva, de la manera como se haya regulado la medida.

Por ejemplo, en Alemania, se prefiere la expresión reserva de pena (Strafvorbehalt) debido a que, según el § 59 del Código Penal, se trata más bien de una amonestación con reserva de pena. El juez debe, además de establecer el veredicto de culpabilidad (Schuldanspruch), determinar la pena correspondiente y reservar la condena respectiva. Lo que se suspende entonces es la imposición de una pena que ya ha sido fijada.

En Francia, se hace referencia claramente al aplazamiento del pronunciamiento de la pena (ajournement du prononcé de la peine). El nuevo Código penal francés prevé tres tipos de aplazamiento de pena: uno simple (art. 132-29 y ss), otro con plazo de prueba, parecido al nuestro (art. 132-40 y ss), y, un tercero, con mandato de cumplir un trabajo de interés general (art. 132-54).

### **3.2.2 NATURALEZA JURÍDICA**

Debido a la manera como ha sido regulada en Alemania, los penalistas alemanes sostienen en su mayoría que es la sanción menos severa del Código, de carácter peculiar y muy parecida a una medida. Su carácter punitivo está dado por la declaración de culpabilidad, la fijación de la pena y la

---

dispuso, sin embargo, que la periodista pague una reparación civil de 10 mil soles en forma solidaria con Ediciones Peisa .S.A.C, tercero civilmente responsable en este proceso, añada la nota.

imposición de reglas de conducta. No se trata de una pena propiamente dicha porque ésta, precisamente, no es impuesta en la sentencia.

Si bien en nuestro Código no se dice expresamente que debe declararse culpable al procesado, ni se estatuye que debe fijarse la pena sin imponerla, es de reconocer que la reserva de fallo del art. 62 debe ser caracterizada de la misma manera. No es una pena ni una medida de seguridad, sino un medio de reacción penal sui generis, muy parecido a la suspensión de la ejecución de la pena.

En particular, en la medida que la sentencia, en su parte considerativa, contiene una desaprobación del acto realizado y la constatación de que el procesado es culpable y que además se le fijan reglas de conducta obligatorias.

Sin embargo, ninguna de las dos medidas debe ser considerada como una gracia, una medida de indulgencia o de clemencia. La reserva de fallo constituye, ciertamente, una concesión muy importante en favor de la prevención especial en detrimento del principio que todo autor culpable de un delito debe ser castigado. Pero tiene una dimensión punitiva que permite considerarla como una “sanción cuasi penal”. No constituye, propiamente, una medida de resocialización, mas mediante la desaprobación del acto del autor y la imposición de obligaciones a éste, se busca influenciar su comportamiento futuro. El aspecto punitivo de estas medidas es reconocido por el legislador, en la medida en que las regula en sendos capítulos del Título III de la Parte general dedicado a las penas.

### **3.2.3 FINALIDAD**

La finalidad de la reserva de fallo es más amplia, pues no sólo es aplicable a las condenas relativas a la pena privativa de libertad. Aún cuando no resulta del todo claro por qué se limita su aplicación a las penas no mayores de tres años de duración, en lugar de cuatro como en el caso de la suspensión de la ejecución de la pena, es evidente que también es un medio para evitar los efectos negativos de la privación de libertad. Sin embargo y, sobre todo, si tiene en cuenta que es aplicable también respecto a las penas de multa, prestación de servicios a la comunidad, de limitación de días libres y de inhabilitación, las mismas que tienden igualmente a excluir la detención, debe admitirse que la reserva de fallo está fuertemente orientada a evitar la estigmatización del responsable de un delito, la que tiene lugar mediante la imposición de una condena.

## **3.3 MODELOS EXPLICATORIOS DE LA RESERVA DEL FALLO CONDENATORIO**

### **3.3.1 EN EL ANTEPROYECTO DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL DE 1983**

En el Proyecto español de 1980 y la Propuesta de Anteproyecto de 1983 introdujeron la figura de la suspensión del fallo, que pretendía evitar los efectos negativos de los antecedentes penales en orden a la reinserción social del

sujeto dejando en suspenso la propia condena, que se tendría por no formulada en caso de superarse satisfactoriamente el plazo de suspensión.

Sin embargo, planteaba como dificultad procesal la posibilidad de recurrir la sentencia suspendida.<sup>122</sup> Sin embargo, la LO 15/2003 ha abandonado por completo esta línea de evolución.

En efecto, el actual Código Penal español de 1995 regula la denominada *suspensión condicional*; así el artículo 80.1 del texto español señala: *los jueces y Tribunales podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años mediante resolución motivada*.

La suspensión de la ejecución ha dejado de ser obligatoria en los delitos perseguibles a instancia del agraviado (antes era cuando éste lo solicitaba), aunque en ellos el juez o Tribunal habrá de oír a éste o a quien le represente antes de tomar su decisión (Art. 86 CP). Tampoco es imperativa la suspensión en los casos de concurrencia de una eximente incompleta.

El primer inciso del apartado 2 del artículo 80 del texto español viene a indicar expresamente el criterio fundamental que debe guiar al juzgador a la hora de tomar la decisión de si suspende o no la ejecución de la pena: *en dicha resolución se atenderá fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto*. Ello resulta coherente con la finalidad primordial de esta institución, que es la de evitar la privación de libertad y sus efectos negativos cuando no resulte absolutamente necesaria para la prevención general y especial. Las necesidades de prevención general ya se tienen en cuenta al permitir sólo la suspensión de penas no muy graves. La prevención especial depende de las probabilidades de recaída en el delito que manifieste el sujeto: de su peligrosidad criminal.

Asimismo, los requisitos que deben concurrir para que sea posible la suspensión condicional de la ejecución de la pena son en parte distintos según que la pena o penas se impongan o no por un delito cometido a consecuencia de drogodependencia.

Además, serán condiciones necesarias para dejar en suspenso la ejecución de la pena:

1. Que el condenado haya delinquido por primera vez. A tal efecto, no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados, o deberían serlo.

2. Que la pena o penas impuestas, o la suma de las impuestas, no sea superior a dos años, sin incluir en tal cómputo la derivada del impago de la multa.

3. Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado, salvo que el juez o Tribunal sentenciador, después de oír a los

---

<sup>122</sup> Cfr. MIR PUIG, Santiago. “DERECHO...”, Ob. Cit. Pág. 686.



interesados y al Ministerio Público, declare la imposibilidad total o parcial de que el condenado haga frente a las mismas.

4. El plazo de suspensión será de dos a cinco años para las penas leves y se fijará por los jueces o Tribunales previa audiencia de las partes, atendidas las circunstancias personales del delincuente, las características del hecho y la duración de la pena.

Sin embargo, al modelo español se le han realizado las siguientes críticas:<sup>123</sup>

- Es discutible su alcance: sólo a las penas privativa de libertad, cuando la suspensión podría extenderse a otras penas.
- Son discutibles las condiciones: entre ellas destaca negativamente la exigencia de que el condenado haya delinquido por primera vez.
- Es discutible el plazo: si lo que se quería era que fuese posible suspender las penas menos graves podría haberse elegido tres años, o desde un punto de vista más ambicioso no haber marcado una pena ya que en definitiva también en delitos más graves puede faltar la peligrosidad criminal del sujeto.

### **3.3.2 EL MODELO SE APARTA DE LA PROBATION ANGLOSAJONA**

El origen tanto de la suspensión condicional de la ejecución de la pena como de la reserva de fallo es la probation anglosajona. Casi simultáneamente, a mediados del siglo XIX, se desarrolló en Estados Unidos (al comienzo por iniciativa privada) y en Inglaterra (mediante la práctica judicial), la renuncia a la condena del procesado, luego de declararlo culpable, acompañada de su sometimiento a un control durante un plazo de prueba.

La Ley de PROBATION para la SUSPENSIÓN de JUICIO a PRUEBA, contribuye a una respuesta más humana en la justicia penal, ya que tiende a evitar las consecuencias negativas del encarcelamiento, como así también desde un punto de vista práctico impedir que llegue la sentencia en procesos de poca importancia en política criminal ahorrando recursos materiales y humanos, con la gran ventaja que se producen importantes reducciones de costos al Estado.

En el ámbito internacional se plantea esta necesidad plasmada en las "Reglas de Tokio" 1.5 "Los Estados miembros introducirán medidas no privativas de la libertad en sus respectivos ordenamientos jurídicos para proporcionar otras opciones y de esta manera reducir la aplicación de las penas de prisión y racionalizar las políticas de justicia penal, teniendo en cuenta el respeto de los Derechos Humanos, las exigencias de la Justicia Social y las necesidades de rehabilitación del delincuente".

---

<sup>123</sup> Cfr. LARRAURI, Elena. "SUSPENSIÓN Y SUSTITUCIÓN DE LA PENA EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL ESPAÑOL". En: *Rev. Peruana de Ciencias Penales*, Nº 7-8, Lima – Perú, 1998, Pág. 489.

El elemento esencial de La Probation es como método de reeducación del delincuente: un plan de conducta en libertad adaptando la respuesta del derecho penal a las circunstancias que rodean al hecho, las condiciones personales del imputado y a la posibilidad que brinde la comunidad o el sistema social.<sup>124</sup>

Las obligaciones o "condiciones a prueba" deben ser supervisadas por un agente especializado, el Oficial de Probación, con una supervisión que responda a la seguridad social y a la vez reeducar a la persona que ha cometido el delito para impedir que vuelva a delinquir.

La Ley de la "puesta a prueba", en su Artículo 76 bis dispone: "el imputado de un delito de acción pública reprimido con pena de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de tres años podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba..." queda inconcluso sin puntualizaciones pertinentes, dado que no asigna funciones.

Esta figura tiene muchas ventajas, por ejemplo, el tratamiento se hace en libertad; la ayuda que se propone brindar al imputado durante el plazo de prueba de alguna manera lo vincula con la actitud que asuma durante un período de tiempo y al oficial de prueba que tenga a su cargo la supervisión, o el seguimiento de su conducta.

La implantación de este instituto produce grandes ahorros al Estado y a la sociedad.

Es facultativo y su finalidad es disuadir al imputado de la comisión de nuevos delitos y facilitar su resocialización, muestra su naturaleza protectora, de ayuda y no punitiva, tendiente a fortalecer el propósito del autor de no recaer en el delito y de evitar así que su futuro sea la cárcel como destino cierto.

La Probation surge de la necesidad de la humanización del proceso penal, es un método de tratamiento que la justicia impone a quienes han cometido infracciones con penas leves.

En el curso de su aplicación la persona que ha sido sometida a él continúa viviendo en el seno de su familia y comunidad organizando su vida conforme a las condiciones prescritas por el juez o autoridad competente bajo la supervisión y apoyo socio-humanístico del agente de Probación.

El tratamiento de reeducación es uno de los elementos fundamentales que caracteriza a este instituto, implica un estudio profundo e integral de la persona que ha cometido un delito a la vez que la supervisión y el seguimiento por parte de profesionales preparados en las condiciones de prueba muy bien analizadas por el juez, con el propósito de su rehabilitación impidiendo y garantizando futuras reincidencias, teniendo en cuenta la reconocida capacidad criminógena de la propia cárcel y a su vez reduciendo la población carcelaria.

---

<sup>124</sup> Cfr. INSTITUTO ARGENTINO DE NEGOCIACIÓN, CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE. "LA PROBATION". Disponible en: <http://www.ianca.com.ar/queproba.htm>

En síntesis, este sistema implica simultáneamente la suspensión de la ejecución de la pena quedando el delincuente en libertad bajo caución de buena conducta.

Los objetivos de la Probation son:<sup>125</sup>

1. Bregar por una justicia más eficiente en cuanto a sus resultados.
2. Mejorar la problemática criminológica, creando una estructura adecuada para su desarrollo.
3. Implementar el rol del oficial de prueba como figura esencial para aplicar el método de tratamiento y supervisión cumpliendo el objetivo de la "puesta a prueba "
4. Capacitación y entrenamiento a profesionales universitarios o expertos en todo el país.
5. Se propone que los que se postulen deberán ser seleccionados por medio de una entrevista anterior a los cursos y se deberá tener en cuenta cualidades personales, intelectuales, madurez, respeto a las personas y responsabilidad

Funciones de la Probation:

1. Relevamiento para establecer el diagnóstico de la situación integral que se relaciona con el delincuente:
  - Circunstancias que lo llevaron a delinquir.
  - Contexto educativo, laboral, familiar, económico.
  - Sus relaciones interpersonales con grupos de pertenencia.
  - Estado de salud integral.
  - Antecedentes delictivos.
  - Reincidencias.
  - Tipo de delito cometido.
2. Análisis y evaluación para establecer un pronóstico.
3. Informe de los antecedentes y proyectos al juez.
4. Orientación al juez para decidir si el caso corresponde a Probation.
5. Colaboración con el juez en la elaboración de las condiciones u obligaciones de prueba.
6. Supervisión del cumplimiento de las obligaciones de prueba:
  - Establecidas por juez.
  - Obligación de reparar daños morales y materiales a la víctima.
  - Supervisión de las responsabilidades individuales como cualquier otro ciudadano.
  - Seguimiento periódico de las actividades y de la conducta.
7. Realizar registros permanentes detallando las observaciones para informar al juez.

---

<sup>125</sup> **Idem**

8. En caso de incumplimiento, comunicar al juez para modificar, suspender o revocar el beneficio.

9. Reeducación social y humanística:

- De acuerdo al diagnóstico y pronóstico de cada situación particular establecer una metodología de trabajo adecuada.
- Derivación a centros asistenciales de salud o educativos.
- Orientación laboral, capacitación en cuanto a posibilidades de empleo.
- Mejorar las relaciones familiares y de su entorno.
- Conexión con la comunidad: organizaciones públicas y privadas, vecinales, religiosas, recreativas, asistenciales, empresarias, laborales, educativas que puedan contribuir al apoyo del sujeto y su familia; como también evaluar las necesidades comunitarias para tenerlas en cuenta en "Servicio Comunitario" como una de las obligaciones que se imponga al imputado.
- Conexión con la prensa y los medios de comunicación para difusión y obtención de colaboración en caso de la necesidad de recursos especiales.
- Detallar en informes los trabajos realizados y los relevamientos estadísticos de dichas supervisiones.

Para llevar a cabo con éxito el programa de Probation debe ser el oficial de prueba un profesional o un experto en temas sociales y humanísticos, con preparación en:

- En metodología y técnicas de investigación socio-jurídica, recursos que utilizan para la elaboración del relevamiento preliminar recabando los antecedentes, diagnóstico y pronóstico para informar al Juez.
- De la supervisión antedicha no sólo para que la persona se rehabilite, sino el cuidado y seguridad de toda la sociedad en general.
- La asistencia socio-humanística, económica y comunitaria que brinda a la persona y a su familia durante el tratamiento.
- La búsqueda de su resocialización o adaptación trabajando con la comunidad, organismos públicos y privados que aporten soluciones como también la interconexión con los medios de comunicación social.
- La necesidad de llevar los registros estadísticos y análisis detallados de los casos que vayan surgiendo a medida que el sistema se desarrolla.

Se destaca, que el agente de Probation debe ser un profesional o experto capacitado adecuadamente, no simplemente un agente de vigilancia o funcionario policial que resultaría coercitiva, estigmatizante a fin de evitar etiquetamientos que impidan el éxito de la Probation en cuanto a la rehabilitación futura y permanente del sujeto beneficiado con este instituto.

La Probation no es simplemente un método de suspensión de la pena ya que mediante ella la justicia se esfuerza en ayudar al sujeto puesto a prueba para que logre su rehabilitación en la comunidad.

El Sistema de Probation en lugar de condenarla ofrece una nueva oportunidad a la persona que está sometida a ella exigiendo al mismo tiempo

un serio propósito de disciplina personal siendo el consentimiento un factor previo y esencial.

Modificación del sistema de Administración de Justicia en especial en su concepción puramente punitiva y negativa, hacia un enfoque positivo y resocializador.

Necesidad de solucionar no sólo problemas delictivos sino sociales como drogas, accidentes de tránsito, prostitución, etcétera.

Incorporar la necesidad de aplicar métodos de tratamiento atendiendo preocupaciones terapéuticas y de integración social como fundamentales.

Atender a la interacción indispensable del Derecho con el Medio y la Sociedad Global superando el aislamiento de la realidad jurídica, definiendo una nueva política criminal.

Bregar por una estructura jurídica orientada más a la prevención y tratamiento del delincuente que a la simple represión y castigo a título de retribución para poder cumplir con la "Humanización del Sistema Penal".

El sistema de Probation no sólo rehabilita al delincuente sino que previene futuras reincidencias.

Capacitación y empleo a profesionales desocupados para cubrir las funciones.

El sistema de Probation provee de recursos al juez para determinar la resolución apropiada a la causa penal.

Transformación de la persona que ha violado la ley en una persona socialmente responsable, modificando la conducta del delincuente, motivando el cambio en su actitud y en relación con la sociedad en cuanto a la restitución que reconoce debe proveer.

Evitar las consecuencias estigmatizantes del encarcelamiento y el juicio penal en delitos menos graves.

Ahorrar recursos materiales y humanos ya que muchos casos quedan pendientes, archivados, paralizados o a la espera de la extinción de la acción penal.

Ventaja de que el tratamiento se cumpla en libertad observando la necesidad del trabajo integral del que ha cometido la falta y su contexto, sin olvidar la repercusión del mismo en la sociedad, diseñando un nuevo sistema que contribuya a mejorar la problemática criminológica.

Ventajas en cuanto a la extensión del método:

- Puede aplicarse a personas "No Delincuentes" pero que por circunstancias como el abandono, influencia desfavorables del medio, de la familia, tienen necesidad de orientación, seguimiento y cuidados especiales ya que es un método preventivo que intenta la readaptación social en caso de peligro.
- Si bien la juventud o ausencias a condenas anteriores son favorables también podría instrumentarse con reincidentes y condenación condicional.
- Mayor eficiencia en justicia por la distribución de tareas, capacitación a nuevos profesionales y reentrenamiento a los existentes.
- Menor cantidad de establecimientos carcelarios y logros sociales en cuanto a políticas educativas que comiencen a funcionar. Este sistema estructura todo un proceso, asegurando a través del seguimiento y apoyo integral que esa persona pueda ser útil a sí misma, a su contexto más próximo y la sociedad en general.
- Disminución de las patologías sociales en menores, delincuencia juvenil, adicción a sustancias tóxicas y violencia.
- Fortalecimiento y perfeccionamiento del desarrollo y la sana educación de la personalidad humana, las condiciones educativas, sanitarias, económicas culturales y sociales.
- Promoción del trabajo en la comunidad para protección de la seguridad general. Trabajo con todos los sectores: Medios de Comunicación, Instituciones Educativas, de Salud, Religiosas, Recreativas, etcétera.
- Significativos ahorros en los recursos económicos, dado que además de reducirse la necesidad de cárceles, vigilancia, investigaciones, administración de justicia, etcétera, el mismo sistema genera recursos que cubren los gastos para la administración del sistema de probation.
- Generación de actividades económicas autónomas y rentables conducidas y con ocupación de imputados, que garantizan su reinserción social de manera segura y duradera.

En los países de Europa continental, la probation no fue recepcionada como tal y sólo, en las últimas décadas, se ha acentuado su introducción de manera diversa por parte de legisladores preocupados en adecuarla a sus realidades y necesidades particulares. Una de estas formas es la reserva de fallo, prevista en el art. 62 del Código Penal peruano de 1991. Su introducción fue propuesta sólo a partir del proyecto de 1990 (arts. 62 y 66), en términos muy semejantes a los de las disposiciones del Código vigente. Para la elaboración de estas disposiciones, se ha tenido sobre todo en consideración los proyectos españoles que culminaron con la dación del Código Penal de 1995. En efecto, la reserva del fallo que se regula en los artículos 62 al 67 del Código Penal, conforme a su fuente hispana, se caracteriza fundamentalmente porque el Juez deja en suspenso la condena y el señalamiento de una pena para el sentenciado.<sup>126</sup>

---

<sup>126</sup> Cfr. PRADO SALDARRIAGA, Víctor. "LAS CONSECUENCIAS...", Ob. Cit., Pág. 202.

Las diferencias que podemos señalar entre la reserva del fallo con la Probation:

1. La probation se establece si el delito está penado con una sanción no mayor de dos; en cambio, la reserva se da si la pena es no mayor de tres años.
2. En la Probation se nombra Oficial de prueba como figura esencial para aplicar el método de tratamiento y supervisión cumpliendo el objetivo de la "puesta a prueba". En cambio, esta figura es inexistente en la reserva del fallo, pero quien cumple función de supervisión sería el Juez quien reservó el fallo.
3. En la Probation, el imputado debe realizar trabajos al servicio de la comunidad dentro del periodo de prueba. Esta regla de conducta no se fija en la reserva del fallo condenatorio.

### **3.3.3 EL MODELO ES IMPEDIR LA DESOCIALIZACIÓN**

Que la función primordial de la ejecución de la pena privativa de libertad consiste que el delincuente lleve en el futuro una vida honrada en libertad, esto es algo mayoritariamente acogido en su fundamentación teórica por la doctrina. Sin embargo, esta misma doctrina discrepa en cuáles han de ser los medios empleados para alcanzar tales objetivos.<sup>127</sup>

El tratamiento penitenciario es definido por Alarcón como la ayuda basada en las ciencias de la conducta, voluntariamente aceptada por el interno, para que en el futuro pueda elegir o conducirse con mayor libertad, o sea, para que pueda superar una serie de condicionamientos individuales o sociales, de cierta entidad, que hayan podido provocar o facilitar la delincuencia.<sup>128</sup>

El tratamiento es el núcleo de toda actividad penitenciaria. Debe tender siempre al fin resocialización, a través de una serie de medidas compatibles con la limitación de la libertad personal y, sobre todo, con el respeto a la personalidad humana. Sin embargo, es aquí donde comienza el alud del problema.

La sospecha de que la cárcel no regenera a nadie pone en tela de juicio el que la pena privativa de libertad cumpla el cometido teórico y jurídicamente declarado y, del mismo modo, pone en entredicho si el tratamiento clínico, heredado del positivismo criminológico y consustancial al progresivismo tiene efectivamente validez empírica y funcional.<sup>129</sup>

En efecto, la cárcel siempre ha sido mucho más que la privación de un tiempo abstracto de libertad. Cuando a una persona se le condena a prisión no

---

<sup>127</sup> Cfr. SANZ MULAS, Nieves. "ALTERNATIVAS A LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD", Editorial Colex, Madrid – España, 2000, Pág. 197.

<sup>128</sup> Cfr. ALARCÓN BRAVO, Jesús. "EL TRATAMIENTO PENITENCIARIO". En: *Estudios Penales*, Tomo II, Santiago de Compostela – España, 1979, Pág. 13.

<sup>129</sup> Cfr. SANZ MULAS, Nieves. Ob. Cit. Pág. 198.

sólo se le condena a estar encerrada en un establecimiento penitenciario, sino también se le obliga a estar con personas que no ha escogido, a comer lo que le den, a dormir junto a quien le corresponda, etc.; y todo ello sin contar con las altas probabilidades de ser violado sexualmente y de ser más propenso a ser lesionado o asesinado que en la vida en libertad.<sup>130</sup>

En las prisiones existe una *sub cultura carcelaria* caracterizado por valores radicalmente opuestos a la actitud de colaboración que se hace necesaria para conseguir el clima propicio para el tratamiento resocializador. Los progresos efectuados por el recluso en la convivencia carcelaria no coinciden, por regla general, con los que lo habilitan para desenvolverse en el medio social libre. Algunos reclusos adoptan una actitud conformista y dependiente que no es apropiada para enfrentarse a los requerimientos de la convivencia en condiciones normales. El solo hecho de vivir por un tiempo prolongado en espacios cerrados, desarrolla en los individuos la necesidad de limitaciones especiales que les provoca ansiedad cuando recuperan la libertad.

Porque la pena privativa de libertad no sólo es un mal que priva de la propia libertad, sino que el ambiente hostil en el que se desenvuelve para nada crea el ambiente relajado que el sujeto necesita para ser tratado con expectativas de éxito. Ha olvidado todas las técnicas sociales de relación y de afirmación ante los demás y vuelve desocializado y estigmatizado, a un mundo que fuera de los muros que lo han recluso ha continuado evolucionando según sus propias leyes.

Frente a esta realidad, se vuelve cada vez más ciertas las palabras de García – Pablos de que ***es más fácil resocializar a quien no ha sufrido ninguna pena que a quien ya la ha sufrido***. Por tanto, en un sentido de política penitenciaria, el permitir que el condenado tenga contacto con aquella sub-cultura carcelaria por una pena corta que se le ha impuesto sería inadecuado, dado que, ese sujeto será colocado al lugar criminógeno de educación e incitación al delito. Por ende, una alternativa que evitaría la desocialización sería la reserva del fallo condenatorio, la cual evitaría, para el caso de las penas cortas, que el sujeto ingrese a un penal y sufra los efectos de la *prisionización*, cuyos evidentes efectos negativos en pro de la resocialización son difícilmente evitables con el tratamiento.

### 3.3.4 POSICIÓN DE MIR PUIG

Para el jurista español el rasgo tal vez más llamativo de la evolución de los sistemas penales actuales es la previsión en ellos de mecanismos tendentes a evitar la aplicación de penas privativas de libertad no absolutamente necesarias. Ello ha determinado, por una parte, una tendencia a acortar la duración máxima de las penas de prisión, así como a privarles de efectos secundarios indeseables, y por otra parte, el análisis de las penas cortas de prisión, implicando, o bien, acudir a otras penas, renunciando a la pena, o bien,

---

<sup>130</sup> Cfr. ISSA, Henry / ARIAS, María Gerarda. “DERECHOS HUMANOS EN EL SISTEMA PENAL”, Editorial Universidad Estatal a Distancia, San José – Costa Rica, 1996, Pág. 105.



suspendiendo la ejecución de la pena a condición de que el sujeto no vuelva a delinquir (o de que cumpla ciertas condiciones dentro de cierto plazo).<sup>131</sup>

Precisa que cabe suspender ya el proceso penal, de modo que el Ministerio Público deje de ejercer la acusación a condición de que el imputado satisfaga determinadas condiciones (reparación del daño, realización de alguna prestación de utilidad social, etc.), eventualmente mediante la asistencia de algún funcionario.<sup>132</sup>

Asimismo, el jurista español critica que lo que se suspenda sea la condena, sino la ejecución o cumplimiento de la pena o remisión condicional.

### 3.3.5 POSICIÓN DE JESCHECK

El insigne jurista alemán Jescheck, analizando la legislación alemana, se pronuncia de la figura: **advertencia con reserva de pena**, la cual significa que la culpabilidad del autor se recoge en el pronunciamiento correspondiente y que la pena merecida se determina en la sentencia, pero se suspende su imposición y el autor recibe una advertencia. De ahí que, salvo la renuncia de la pena, constituya la reacción más suave del Derecho vigente. Su carácter sancionador se manifiesta en el pronunciamiento de culpabilidad relativo al delito, en la determinación de una pena adecuada al injusto de la culpabilidad, y en la advertencia misma.<sup>133</sup>

Esta faceta de la reacción se ve fortalecida por la posibilidad de imponer tareas que, al igual que en la libertad condicional, tienden a la satisfacción del injusto cometido. El aspecto preventivo especial de la advertencia consiste en evitar al reo la mácula penal y concederle un período de prueba. La advertencia tiene una doble posición: además de ser una censura por el delito cometido, sirve para prevenir los delitos futuros.<sup>134</sup>

De lo señalado, Jescheck es de la opinión que la naturaleza jurídica de la advertencia que no es ni una pena ni una medida, sino una reacción jurídico – criminal de carácter cuasipenal, ya que se fijan la culpabilidad y la pena, expresándose también en la advertencia la desaprobación pública del hecho, mientras que se deja todavía abierta la imposición de la pena.<sup>135</sup>

Asimismo, para Jescheck la advertencia con reserva de pena debe de cumplir con los siguientes requisitos:

- (a) Solo procede cuando la pena es multa de hasta ciento ochenta cuotas diarias.
- (b) Se requiere un pronóstico social favorable, esto es, que pese que no se le impondrá una pena, no cometerá más delitos.

---

<sup>131</sup> Cfr. MIR PUIG, Santiago. “DERECHO PENAL...”, Ob. Cit. Pág. 684,

<sup>132</sup> Idem, Pág. 684.

<sup>133</sup> Cfr. JESCHECK, Hans Heinrich. Ob. Cit. Pág. 772.

<sup>134</sup> Idem, Pág. 773.

<sup>135</sup> Idem, Pág. 773.

- (c) La presencia de la cláusula de merecimiento, la cual permite compatibilizar con el principio de culpabilidad: la consideración global del hecho y del reo debe revelar circunstancias especiales que destaquen este caso respecto a otros semejantes, y ello con tal claridad que parezca indicado el privilegio, sobre todo teniendo en cuenta los graves inconvenientes personales y profesionales que la punición supondría para el reo.
- (d) Que la defensa del orden jurídico no exija la imposición de la pena.

Si se le impone la advertencia, se le sujeta a un periodo probatorio que oscila entre uno y tres años, por tratarse de supuestos mucho más leves, e impone al reo, en su caso, unas tareas junto con la reparación del daño y el abono de una cantidad de dinero para evitar que el advertido resulte injustamente privilegiado. Asimismo, se le imponen reglas de conducta

### **3.3.6 TOMA DE POSICIÓN**

Luego de haber presentado los diversos modelos explicativos que partir con la siguiente apreciación, la reserva del fallo condenatorio regulado en el texto punitivo peruano se aparta tanto del modelo anglosajón, como del alemán.

Del modelo inglés al establecerse un oficial de custodia, así como, la exigencia de realizar trabajos a favor de la comunidad, figuras que no concurren en el modelo peruano. Por otro lado, del modelo alemán difiere porque la misma está diseñada para la pena de multa, por monto que no supere 180 cuotas diarias; en cambio, en el modelo peruano, la reserva del fallo se extiende a las penas privativas de libertad de corta duración (no superior a tres años), multa, prestación de servicios a la comunidad, limitación de días (que no excedan a 80 jornadas semanales) o con inhabilitación (no superior a dos años).

Por el contrario, consideramos que el modelo peruano tuvo como fuente más importante el Anteproyecto del Código Penal español de 1983 al prescindir del pronunciamiento de la condena y por ende de la pena. En efecto, la premisa de la fuente hispana es la misma que la peruana: evitar los efectos negativos de los antecedentes penales en orden a la reinserción social del sujeto dejando en suspenso la propia condena e incluso el pronunciamiento de condena, que se tendría por no formulada en caso de superarse satisfactoriamente el plazo de periodo probatorio.

En ese sentido, consideramos, además, que la reserva del fallo condenatorio viene a ser una figura jurídica que constituye una alternativa a las penas privativas de libertad, siendo aplicable a los agentes que por la modalidad del hecho punible y su personalidad hicieran prever que esta medida les impedirá cometer un nuevo delito, sujetándose a las reglas de conducta y al régimen de prueba que establezca el juzgador.<sup>136</sup>

---

<sup>136</sup> Exp. 2583-95-PIURA del 01.12.1995.

A mayor abundamiento, para evitar la desocialización que genere el ingresar a un establecimiento penitenciario, la aplicación de la reserva del fallo condenatorio debe ser una medida suficiente para conminarlo a que posteriormente no cometa un nuevo delito, lo que compatibiliza con la función preventiva, protectora y resocializadora que persigue nuestra legislación penal.

## **CAPÍTULO IV**

### **REQUISITOS DE APLICACIÓN DE LA RESERVA DE FALLO CONDENATORIO**

#### **4.1 CONDICIONES PARA SU CONCESIÓN**

##### **4.1.1 RESPECTO A LA PENA**

Los casos en los que procede la reserva de fallo según el tipo de pena son más numerosos que, por ejemplo, en el caso de la suspensión de la ejecución de la pena.

En caso de pena privativa de libertad, debe tratarse de pena no mayor de tres años. Se entiende que se trata de la pena conminada. Esto último parecería establecerse en el art. 62 mediante la expresión “cuando el delito está sancionado con pena privativa de libertad ...”.

Como ya lo hemos señalado, no es clara la razón por la que ha conducido no se han considerado las penas de hasta cuatro años de duración como se ha hecho respecto a la suspensión de la ejecución de la pena. La similitud entre ambas medidas y la amplitud del criterio admitido no justifican tan pequeña diferencia.

Si la idea es que la suspensión de la reserva de fallo es un medio de reacción penal menos grave que la suspensión de la ejecución, la diferencia hubiera debido ser más importante. La explicación está quizás en relación al tipo de delincuentes considerados como sujetos de la reserva de fallo.

Respecto a la pena de multa, por el contrario, no se fija limite alguno. Esto quiere decir que la reserva de fallo es posible aún si la multa es fijada en un número elevado de días-multa. Esta amplitud crea el riesgo que en ciertos casos (delitos contra el medio ambiente) o con relación a ciertos autores (económica y socialmente favorecidos), la necesaria represión sea escamoteada. Además, resulta un poco paradójico que se restrinja su aplicación respecto a las demás penas.

Así, la reserva de fallo sólo procede respecto a las penas de prestación de servicios a la comunidad y de limitación de días libres que no superan las noventa jornadas y a la inhabilitación cuando no sea mayor de dos años. En razón de la finalidad atribuida a la reserva de fallo (evitar la estigmatización para facilitar la reinserción), la amplitud adoptada respecto a la pena de multa se justificaba aun más con relación a estas tres penas limitativas de derechos.

##### **4.1.2 PRONÓSTICO FAVORABLE**

En nuestra normatividad (art. 62° CP), se dispone que ésta se aplicará “cuando la naturaleza, modalidad del hecho punible y personalidad del agente, hagan prever que esta medida le impedirá cometer un nuevo delito”.

El factor decisivo, válido igualmente para la reserva de fallo, es la apreciación de prevención especial del caso particular. Por tanto, la naturaleza y la modalidad del hecho deben ser considerados en la perspectiva de la personalidad del agente. De esta manera se puede admitir que, en realidad, todos los factores subjetivos y materiales tomados en cuenta para la individualización de la pena deben ser considerados como indicios del futuro comportamiento del condenado.

***La nueva regulación es defectuosa pues con la fórmula “naturaleza, modalidad del hecho punible”, parece aludirse a la manera como éste ha sido caracterizado en el tipo legal. Lo conveniente hubiera sido hacer referencia directa a la naturaleza, modalidad del delito concreto que da lugar al procesamiento del agente y que constituye una manifestación de su personalidad.***

El juicio que sirve de base a la decisión de suspender la ejecución de la pena o a reservar el fallo debe constituir una apreciación individualizada de la persona del condenado, la misma que permitirá pronosticar que la aplicación de una de estas medidas será suficiente para disuadir al condenado de volver a delinquir. No basta, en consecuencia, que el juez intuya, tenga una simple esperanza o confíe que el condenado se comportará bien. En caso de duda no puede aplicarse el principio in dubio pro reo.

Tratándose de casos en los que la pena a imponerse es la privativa de libertad (no mayor de tres años), resulta importante y, al mismo tiempo, difícil determinar si se debe aplicar una u otra medida. En estos casos, la gravedad del delito y la personalidad de los procesados son las mismas, por lo que el factor decisivo es el hecho de saber el grado de sensibilidad del agente para determinar si basta con amenazarlo con la futura imposición de una pena o es necesario intimidarlo con una pena pronunciada cuya ejecución se suspende.

También es de considerar si por las circunstancias en que ha sido cometido el delito y los efectos que éste ha producido sobre la persona misma del agente, es conveniente evitarle el estigma de la condena. Así mismo, sería de tener presente que la renuncia del objetivo de prevención general de la condena resulta sobre todo eficaz respecto a delincuentes primarios y ocasionales, para los cuales es suficiente la reserva del fallo para impedir que vuelvan a cometer el paso en falso, consistente en la comisión de un primer delito. No obstante y en consideración a que no hay elemento legal que permita deducir que se ha buscado limitar la reserva del fallo sólo a los delincuentes primarios, esta medida no concierne únicamente la delincuencia de mínima importancia (la misma gravedad de la pena de tres años indica lo contrario).

La decisión de optar por la reserva del fallo dependerá, sobre todo, cuando también sea procedente la suspensión de la ejecución de la pena, de la sensibilidad penal más o menos grande del agente, de que la culpabilidad del agente sea significativamente disminuida o de que se presenten circunstancias particulares de atenuación relativas tanto al hecho como al autor.

Por otro lado, la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema otorgó carácter vinculante a los requisitos a cumplir por el magistrado al momento de aplicar la figura de “reserva del fallo condenatorio”, al dictar sentencia.

Los presupuestos establecidos por el tribunal supremo para aplicar la reserva del fallo condenatorio --regulados en los artículos del 62º al 67º del Código Penal-- son los siguientes:

Que el delito esté sancionado con pena conminada no superior a tres años de pena privativa de libertad o con multa; o con prestación de servicios a la comunidad o limitación de días libres que no excedan a noventa jornadas semanales; o con inhabilitación no superior a dos años.

Que el juez, en atención a las circunstancias del hecho y a la personalidad del agente, emita un pronunciamiento favorable sobre la conducta futura del imputado.

La reserva del fallo condenatorio también es aplicable en caso de penas conjuntas o alternativas, siempre que tales sanciones se adecuen a los marcos cualitativos y cuantitativos antes mencionados.

La decisión de la sala suprema se sustenta en su resolución R.N. N°3332-04, la cual declara nula la sentencia que reservó el fallo condenatorio a Fernanda Luzmila Cóndor Robles por delito contra la administración pública en la modalidad de peculado culposo.

El tribunal considera que la Sala Superior Penal que tuvo a cargo dicha causa, aplicó indebidamente la reserva del fallo condenatorio toda vez que, según lo dispuesto en el artículo 426º del Código Penal, la inhabilitación por delito de peculado culposo tiene un máximo de duración de tres años.

Precisa, en ese sentido, que dicha herramienta jurídica sólo resulta aplicable cuando la pena a imponerse no supere los dos años de inhabilitación, por lo cual el tribunal supremo dispuso se emita una nueva sentencia con arreglo a ley y tomando en cuenta los presupuestos establecidos.

## **4.2 PODER DISCRECIONAL DEL JUEZ**

La defectuosa redacción del art. 62º CP, puede dar lugar a dudas sobre el poder concedido al juez para aplicar la suspensión de la ejecución de la pena y la reserva del fallo. En esta disposición, se dice que éste “podrá”. Lo que debería entenderse en el sentido de tener la facultad, aún cuando las condiciones se hayan cumplido, de decidir si en el caso concreto procede o no suspender la ejecución o reservar el fallo. Como si el legislador hubiera, implícitamente, considerado una condición más que permitiría al juez, excepcionalmente, no aplicarlas.

Esta interpretación no es acertada, pues implica una inseguridad jurídica que contradice los objetivos del principio de la legalidad. Si el objetivo era de

dar al juez ese poder discrecional, hubiera sido necesario señalarlo expresamente.

Así, por ejemplo, cuando se estima que la reserva del fallo es una medida excepcional y que, por razones de política criminal, es conveniente de impedir que se crea que “una vez es ninguna”, debería introducirse una exigencia adicional. En el caso de Alemania, se establece (§ 52, pf. 3) “que la defensa del ordenamiento jurídico no exija la correspondiente condena”. De esta manera, es el juez quien decidirá si la finalidad de prevención general debe desplazar el objetivo de prevención especial propio a la reserva del fallo.

Este no es el caso de nuestro Código Penal, razón por la que hemos afirmado que lo decisivo es el pronóstico favorable de que el procesado no volverá a cometer un delito. En el texto legal se encuentra apoyo suficiente en favor de esta interpretación.

A pesar de decirse que “el juez podrá”, enseguida se dice: “la reserva será dispuesta” (art. 62). De modo que el poder discrecional del juez está limitado a establecer el pronóstico favorable referente a que la aplicación de la reserva del fallo “impedirá [al procesado] cometer un nuevo delito [doloso]”. De modo que el criterio determinante es la finalidad de la reserva del fallo: evitar que el delincuente, permeable o receptivo a los mandatos del orden jurídico, no vuelva a delinquir, alejándolo de la prisión o evitando el estigma de la condena y dándole ocasión para que se rehabilite el mismo.

De acuerdo a las normas procesales y constitucionales, el juez debe motivar debidamente la decisión (negativa o positiva) respecto de la reserva del fallo. Debiendo indicar de manera concreta las circunstancias que le han permitido elaborar el pronóstico sobre la futura conducta del condenado. Esta exigencia garantiza que el juez no decida de manera arbitraria.

### **4.3 CONTENIDO DE LA DECISIÓN**

Cuando se trata de la reserva del fallo, según el art. 62, el juez debe abstenerse “de dictar la parte resolutive de la sentencia, sin perjuicio de fijar las responsabilidades civiles que procedan”.

De acuerdo con el nombre dado a esta medida, la parte de la sentencia que no se dicta es el fallo; es decir el pronunciamiento decisivo sobre la imposición de una pena determinada.

En la parte considerativa, el juez deberá argumentar tanto sobre los hechos como sobre el derecho aplicable para determinar la responsabilidad del acusado. La cuestión que se plantea es la de saber, debido a la imprecisión del texto, si el juez debe también fijar el quantum de la pena. La respuesta debe ser afirmativa en la medida que la individualización de la pena permite constatar si se cumple con la condición objetiva que la pena no supere los máximos estatuidos en los arts. 57 y 62.

La duda que hace surgir la deficiente redacción del art. 62, número 1 (“cuando el delito está sancionado con pena ...”), desaparece a la lectura de los números 2 y 3, en donde se dice: “cuando la pena a imponerse no supere ...”. En consecuencia, el juez tiene que fijar la pena, pero no imponerla.

En el Código penal alemán, como lo hemos señalado, se establece con claridad que debe establecerse la culpabilidad, determinar la pena correspondiente y reservar la condena respectiva. Esta solución tiene la ventaja de mostrar claramente al procesado la importancia de su falta y, así mismo, de economizar una nueva actuación procesal en la que se deba imponer la pena si se revoca la reserva (fracaso de la prueba de no cometer un delito doloso durante el plazo fijado). Además, permite, de un lado, respetar mejor el principio procesal de la inmediatez (¿cómo fijar la pena después de transcurridos dos años del plazo de prueba?) y, de otro lado, que la comisión del nuevo delito no influya en la determinación de la pena correspondiente al primero. Es en este sentido, positivo para la administración de justicia y favorable al procesado, que debe interpretarse la última frase del art. 66.

***En ésta se estatuye que “la revocación determina la aplicación de la pena que corresponde al delito, si no hubiera tenido lugar el régimen de prueba”. Si es posible de aplicarla es porque ha sido previamente fijada. Y como no se dice, de manera expresa, cuándo debe hacerse esto, cabe completar la ley en el sentido que proponemos.***

#### **4.4 REGLAS DE BUENA CONDUCTA**

Realizando una comparación con las reglas de la suspensión de la ejecución de la pena, se tiene que, las mismas reglas de esta última son establecidas en el art. 64 respecto a la reserva del fallo. Las diferencias de redacción con el art. 58 son mínimas. En el inciso cuatro, se dice “salvo que demuestre que esté imposibilitado de hacerlo” en lugar de “salvo cuando demuestre que está en imposibilidad de hacerlo”. El fondo en realidad es el mismo. La otra diferencia parecería ser de mayor importancia: en el inciso 6 del art. 58, se alude a “los demás deberes que el juez estime convenientes a la rehabilitación ...”, mientras que en el art. 64, inciso 6, se dice “las demás reglas de conducta que el juez estime convenientes para la rehabilitación ...”. Sin embargo, se trata de lo mismo porque mediante las reglas de conducta se imponen deberes al procesado sometido a prueba.

La enumeración de las reglas no es exhaustiva. Sólo son ejemplos de las obligaciones que el juez puede imponer al condenado. Como venimos de indicarlo, el número 6 de las disposiciones citadas autoriza al juez a establecer otras reglas o deberes que estime “convenientemente a la rehabilitación social del agente”. Además de este límite relacionado con la finalidad de la institución, se estatuye como restricción que el deber que el juez imponga “no atente contra la dignidad del condenado”. Los ejemplos dados por el legislador constituyen también una limitación del poder del juez. Los deberes no mencionados que éste decida imponer deben ser análogos a los expresamente indicados en la ley. Por último, el cumplimiento de estos deberes debe estar al alcance del condenado, aun cuando éste deba hacer un esfuerzo especial.



La eficacia de las reglas que se impongan al condenado depende de la posibilidad de controlar su cumplimiento. En los grandes o medianos centros urbanos, en especial, resultará difícil sino imposible constatar que se cumplan las prohibiciones de frecuentar determinados lugares, de ausentarse del lugar donde reside, de poseer objetos susceptibles de facilitar la realización de otro delito. Por el contrario, el control de la obligación de comparecer personalmente al juzgado y la de reparar los daños ocasionados por el delito serán en cierta forma más efectivos. Respecto a estas dos últimas obligaciones, se presentarán problemas en la medida en que su control supone que los órganos competentes cuenten con el personal y material necesario.

En la práctica, los jueces se limitan a establecer reglas de carácter general, por ejemplo, en caso de delitos sexuales “observar buena conducta”, “no tener trato sexual con menores”, “no frecuentar cantinas ni lugares inmorales”, “evitar malas compañías”; en caso de lesiones culposas: “manejar (vehículos) con prudencia”, “observar fielmente las disposiciones del Reglamento de tránsito”. ***En nuestra opinión, el juez debe abandonar estas tradicionales y estereotipadas frases, y tratar de establecer deberes en el sentido de los dados en ejemplo por el legislador y que, además ser adecuados para impulsar al condenado a comportarse debidamente, sean de fácil y práctico control.***

El control es, conforme el Código, de la competencia del juez que condena. En la práctica, estará a cargo de la policía. Esta, como muy bien dijo Abastos, es la menos indicada para tales menesteres. ***Hubiera sido mejor que se prevea un sistema ad hoc de control. Si no se conservó el patronato, se le debió remplazar por otra institución. Este control podría haber estado a cargo de un juez de ejecución de sentencias.***

#### **4.5 DURACIÓN DE PERÍODO DE PRUEBA**

El procesado, además de merecer por sus características personales la suspensión de la ejecución de la pena o la reserva del fallo, es indispensable que no las desmerezca con su comportamiento posterior a la sentencia. En el artículo 62° del Código Penal, se estatuye que el plazo de prueba podrá durar entre uno y tres años. En el caso de la reserva del fallo, este plazo comienza a correr desde que la decisión adquiere calidad de cosa juzgada (art. 62, in fine). Respecto a la suspensión, ante el silencio justificado de la ley, se comprende que la suspensión es efectiva desde el momento en que es decretada.

#### **4.6 EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS REGLAS DE BUENA CONDUCTA**

Durante el período de prueba el sentenciado debe comportarse bien; pero no es necesario que tenga una conducta intachable. La ley prevé los mismos efectos para el incumplimiento de las reglas de conducta y para la comisión de un nuevo delito durante el periodo de prueba. Sin embargo, La redacción del art. 65 es defectuosa en la medida en que no corresponde a la manera como ha sido concebida la reserva del fallo.

El incumplimiento de estas exigencias no implica la revocación automática de la suspensión de la ejecución de la pena. Así lo disponía, por el contrario, el Código derogado respecto a la condena condicional (art. 56). Sin embargo, en la nueva regulación sólo se prevé que el condenado sea advertido por el juez que de persistir en infringir las reglas de conducta se tomarán medidas en su contra. ***Por tanto, debe considerarse que la regulación del art. 65, se inspira en la idea que el juez debe proceder de manera gradual en la determinación de esos efectos.***

En principio y tratándose, en general, de violaciones simples a las reglas de conducta, el juez deberá, primero, amonestar al infractor. Esta amonestación servirá de advertencia para las medidas más graves consistentes en la prórroga del periodo de suspensión o la revocación de la suspensión.

La amonestación, denominada advertencia en el art. 65, consiste en la notificación por la que se reprende al condenado por el incumplimiento de las reglas de conducta y se le advierte de las consecuencias si persiste en hacerlo. Debe ser expresada de manera formal y clara para que tenga el efecto de intimar al condenado a cumplir con los deberes que se le han impuesto. Con este objeto, debe ser personal; lo que no supone necesariamente que se haga oralmente y en presencia del condenado. Teniendo en cuenta las circunstancias concretas, esta amonestación se hará por escrito y cuidando que llegue a conocimiento del interesado. El riesgo es de que esta medida se reduzca a una simple formalidad consistente en dejar constancia en el expediente respectivo.

La prórroga del periodo de prueba constituye una medida grave que sólo debe adoptarse de ser necesaria. El fundamento no sólo debe ser de carácter represivo, sino sobre todo preventivo especial. De acuerdo a la finalidad de los deberes que se impongan, el juez debe llegar al convencimiento que la prórroga es necesaria para “la rehabilitación social del agente”. Dada la gravedad de la medida, el legislador ha limitado el poder del juez estableciendo que la prórroga no puede superar la mitad del plazo inicialmente fijado y, en ningún caso, la suma de ambos puede sobrepasar el límite de tres años.

Este límite es, por tanto, el máximo absoluto de la duración del periodo de prueba. Por ningún motivo, se deberá imponer un plazo mayor.

Tanto la amonestación como la prórroga del periodo de prueba son medidas que no afectan el mantenimiento de la reserva del fallo. La primera tiende al logro de su mejor ejecución y, por tanto, de sus fines. La segunda se orienta, de un lado, a corregir el primer plazo en consideración a un mejor conocimiento de la personalidad del agente (revelada por el incumplimiento de las reglas) y, de otro lado, a darle una nueva oportunidad para que colabore en su reinserción.

La revocación, por el contrario, es una medida relativa al mantenimiento mismo de la suspensión de la ejecución de la pena. Es una constatación del

fracaso y, en consecuencia, un mandato para que se haga efectiva la privación de libertad. Esta diferencia y sus distintos fundamentos imponían su regulación en disposiciones diferentes.

Para la revocación no basta, como sucede en la amonestación y la prórroga del periodo de prueba, que el agente incumpla las reglas de conducta o fuera condenado por otro delito. Según los art. 60 (“condenado por la comisión de un nuevo delito doloso”) y 66 (“cometa un nuevo delito doloso”), es indispensable que sea responsable de un delito doloso y que le sea impuesta, en razón de esta infracción, una pena privativa de libertad superior de tres años.

***De manera más clara en el art. 66, se dispone que el agente debe ser “condenado [por el nuevo delito] a pena privativa de libertad ...”, en lugar de la defectuosa redacción del art. 60, en el que se establece: “condenado por delito ... cuya pena privativa de libertad sea superior...”. Esta disposición lleva a confusión, en la medida en que hace pensar que se está aludiendo a la pena que merece el delito y no a la que se impone al agente por haberlo cometido.***

El texto legal dice “por la comisión de un nuevo delito doloso cuya pena privativa de libertad sea superior a tres años”. “Cuya pena” no debe comprenderse como la pena del delito, fijada en la disposición legal; sino la que, mediante individualización, se imponga al agente por haber cometido dicho delito doloso. La restricción a los casos de condenas por delito doloso es correcta en la medida en que el agente, en estos casos, pone más en evidencia una actitud contraria al orden jurídico que en los delitos culposos y más aún que en las meras faltas. Nadie está libre de provocar un perjuicio por una imprevisión culpable y por más grave que sea la pena, ésta no revela generalmente una falta de integración social.

Por otro lado, aún cuando este medio de reacción penal consiste en la no imposición condicional de la pena al procesado culpable, en el art. 66, se habla de revocación del “régimen de prueba”, en lugar de revocación de la reserva del fallo.

Además, de manera igualmente incorrecta, se hace referencia a “si no hubiera tenido lugar el régimen de prueba”. Este periodo de prueba tiene lugar siempre y no puede ser revocado. Lo que realmente sucede es que deja de tener sentido desde que el sentenciado comete un delito doloso.

Circunstancia que obliga al juez a pronunciarse sobre si deja sin efecto la reserva del fallo. De acuerdo con el art. 66, el juez tiene, de un lado, la facultad de revocarla o no cuando la pena a imponerse por el segundo delito es menor de tres años y, de otro lado, la obligación de hacerlo cuando la pena “exceda de este límite”. Esta fórmula muestra que el término “superior” empleado en lugar de “menor” constituye un error en relación con la primera hipótesis. Las penas mayores de tres años exceden necesariamente este límite. La revocación de la reserva del fallo decretada en ambos casos “determina la aplicación de la pena” (art. 66, segundo párrafo, in fine).

#### **4.7 LA RESERVA DEL FALLO EN EL ANTEPROYECTO DEL CÓDIGO PENAL – PARTE GENERAL DEL 2004**

El Anteproyecto de Parte General del Código Penal elaborado por la Comisión Especial Revisora creada por la Ley 27837, tiene como función presentar innovaciones en la instituciones jurídico – penales de carácter material.

En lo que se refiere a nuestro tema, se tiene el mantenimiento de las figuras como la suspensión de la ejecución de la pena, la reserva del fallo condenatorio, o la sustitución o conversión de la pena; supuestos que, como novedad, aparecieron en el Código de 1991 y que el legislador del 2004 ha optado mantener, ya que entiende que estaría otorgando mayor amplitud a la administración de justicia a fin de determinar en qué circunstancias procedería su aplicación, y bajo qué supuestos esta quedaría revocada.

Dentro de los aportes del Anteproyecto relativos a la *Reserva del Fallo Condenatorio* —en lo que se refiere a los requisitos— se agrega el tener en consideración el *estado de salud del agente* como necesario para poder prever que él mismo no cometerá un nuevo delito (art. 64°); por otro lado, en lo que se refiere al efecto de la reserva, el Juez al disponerla, declarará la culpabilidad del autor o partícipe, le fijará la pena pero se abstendrá de imponerla, sin perjuicio de fijar o imponer la reparación civil (art. 65°). Al igual que en el capítulo precedente, se han fijado nuevas reglas de conducta (art. 66°), y se ha dado una mayor relevancia a la reparación civil (art. 69°).

A continuación, se presenta la normatividad que este Anteproyecto propone:

#### **CAPÍTULO V RESERVA DEL FALLO CONDENATORIO REQUISITOS Y PLAZO PARA LA RESERVA DEL FALLO CONDENATORIO**

**ARTÍCULO 64.-** El Juez podrá disponer la reserva del fallo condenatorio cuando la naturaleza, modalidad del hecho punible así como la personalidad o estado de salud del agente hagan prever que esta medida le impedirá cometer un nuevo delito.

La reserva será dispuesta:

1. Cuando el delito está sancionado con pena privativa de libertad no mayor de cinco años o con multa;
2. Cuando la pena a imponerse no supere las ciento veinte jornadas de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres; o
3. Cuando la pena a imponerse no supere los dos años de inhabilitación. El plazo de reserva del fallo condenatorio es de uno a cuatro años, contado desde que la decisión adquiere calidad de cosa juzgada.

## **EFFECTO DE LA RESERVA**

**ARTÍCULO 65.-** El juez al disponer la reserva del fallo condenatorio, declarara la culpabilidad del autor o partícipe, le fijara la pena pero se abstendrá de imponerla, sin perjuicio de fijar e imponer la reparación civil. La reserva del fallo condenatorio implica la suspensión de su inscripción en el Registro correspondiente.

## **REGLAS DE CONDUCTA**

**ARTÍCULO 66.-** El juez al disponer la reserva del fallo condenatorio, impondrá alguna o algunas de las siguientes reglas de conducta:

- 1° Restricción del derecho a residir o acudir a determinados lugares, donde se haya cometido el delito o aquel en donde reside la víctima y su familia;
- 2° Prohibición de ausentarse del lugar donde reside sin autorización del Juez;
- 3° Comparecencia personal ante el juez, las veces que el autor o partícipe sea llamado para informar y justificar sus actividades;
- 4° Pago de la reparación civil, en el plazo que establezca el juez; salvo cuando demuestre que está en imposibilidad de hacerlo;
- 5° Prohibición de tenencia de objetos susceptibles de facilitar la realización de otro delito;
- 6° Participación en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual u otros similares.
- 7° Concurrencia a tratamientos médicos, psicológicos o de deshabitación en el uso de drogas o alcohol.
- 8° Las demás reglas de conducta que el Juez estime convenientes para la rehabilitación social del agente, siempre que no atenten contra la dignidad del procesado

## **INCUMPLIMIENTO DE REGLAS DE CONDUCTA O CONDENA POR OTRO DELITO**

**ARTÍCULO 67°.-** Si durante el plazo de reserva, el condenado no cumpliera injustificadamente con las reglas de conducta impuestas o fuera condenado por otro delito, el juez podrá según los casos:

- 1° Amonestar al infractor;
- 2° Prorrogar por única vez el plazo de reserva sin exceder el plazo inicialmente fijado.
- 3° Revocar la reserva del fallo condenatorio.

## **REVOCACIÓN POTESTATIVA Y OBLIGATORIA**

**ARTÍCULO 68.-** El régimen de prueba podrá ser revocado cuando el agente cometa un nuevo delito doloso por el cual sea condenado a pena privativa de libertad superior a cuatro años.

La revocación será obligatoria cuando la condena exceda de este límite.

La revocación determina la aplicación de la pena que corresponde al delito, si no hubiera tenido lugar el régimen de prueba.

## **CUMPLIMIENTO DEL PLAZO DE RESERVA**

**ARTÍCULO 69°.-** La reserva del fallo condenatorio se dará por extinguida, sin desmedro del pago de la reparación civil, si transcurre el plazo de prueba sin

que el autor o participe cometa nuevo delito doloso, ni infrinja de manera reiterada las reglas de conducta establecidas en la sentencia.

Otra situación a resaltar es la conexión entre la reserva del fallo con la prescripción; dado que el artículo 88°, segundo párrafo del Anteproyecto, acota que en los casos de revocación de la suspensión condicional o de la reserva del fallo condenatorio, la prescripción comienza a correr desde el día de la revocación.

En definitiva, como hemos adelantado, lo que pretende el Anteproyecto es lograr una equivalencia en la aplicación y en la sustitución de las penas, procurando la no objetivación del sujeto receptor de la sanción sino, por el contrario, ponerla al servicio de la protección del ciudadano, a fin de guardar coherencia con los principios rectores contenidos en el Título Preliminar y en el cumplimiento del plan penal de la constitución, limitando aquellas situaciones de abuso que se pudieran generar en la aplicación del jus puniendi estatal; restituyendo la función que el Estado debe de asumir en cumplimiento del pacto social.<sup>137</sup>

#### **4.8 EXCURSO: SÍNTESIS DE LA PROBLEMÁTICA DE LA RESERVA DEL FALLO CONDENATORIO**

La reserva del fallo condenatorio es uno de los más eficaces substitutos de las penas privativas de libertad. Si este es el objetivo final, su aplicación debe ser la ocasión para tratar de rehabilitar socialmente al condenado. Esta tarea requiere ejercer, mediante las reglas y durante el periodo de prueba, un control eficaz sobre el condenado. La inexistencia de un sistema de control eficaz determinará que, como ha sucedido durante toda la vigencia del Código derogado, el efecto de la medida se reduzca a evitar que el condenado no sea privado de su libertad.

La reforma del Código de 1924 ha permitido al legislador ir más allá de lo que se podía esperar teniendo en cuenta las modificaciones hechas a dicho código y la tendencia restrictiva de los jueces respecto a medidas alternativas a la prisión. El límite de tres años amplía de manera significativa el campo de aplicación de la reserva del fallo condenatorio. Lo que redundará en favor de la política orientada a evitar, en la medida de lo posible, los efectos negativos de la privación de libertad. Este límite no es exagerado si se considera el carácter particularmente represivo de nuestra legislación y los extremos mínimos bastante elevados de las penas establecidas en las disposiciones de la parte especial.

Es bastante positivo, igualmente, que se haya abandonado el criterio rígido en la fijación de la duración del periodo de prueba. Se ha hecho bien en considerar que éste, de la misma manera que la reserva del fallo, debe estar en función de la personalidad del agente y de las circunstancias particulares del

---

<sup>137</sup> Cfr. SANZ MULAS, Nieves. “ALTERNATIVAS A LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD, ANÁLISIS CRÍTICO Y PERSPECTIVAS DE FUTURO EN LAS REALIDADES ESPAÑOLA Y CENTROAMERICANA”, Editorial Colex, Madrid – España, 2000, Pág. 11.

caso sub índice. Lo mismo se puede decir de la manera como se han aligerado las exigencias para que la reserva sea dictada (en especial, eliminando la referente a que el inculpado no haya sufrido condena anterior) y se ha atenuado el carácter represivo de las causas de revocación.

Sin embargo, cabe hacer algunas observaciones a esta figura. Así, hubiera sido preferible, siguiendo el modelo español, agruparlas bajo la denominación de “formas substitutivas de la imposición y de la ejecución de las penas”. De este modo, se indicaría mejor la finalidad de dichas instituciones penales y se facilitaría la interpretación de las disposiciones que las regulan y su aplicación concreta.

Por otro lado, en relación con la técnica legislativa, se deben destacar los defectos de redacción de las nuevas disposiciones. Defectos que revelan un deficiente conocimiento de los códigos o proyectos extranjeros que han sido consultados. Desgraciadamente, estos defectos formales pueden tener consecuencias importantes en la manera como los jueces las aplicaran. Vale la pena recordar, la manera como han sido regulados los efectos del mal comportamiento del agente durante el periodo de prueba.

Así, en nuestra normatividad, se enumeran las tres consecuencias: amonestación, prórroga de dicho periodo y revocación. Las causas para decretarlas son el incumplimiento de las reglas de conducta y la condena del agente por otro delito. Lo que deja entender que puede tratarse de cualquier desobediencia a las reglas y de cualquier tipo de delito (doloso o culposos, grave o simple).

Luego, se precisa que la revocación tendrá lugar si, durante el periodo de prueba, el agente es condenado por la comisión de un “nuevo delito doloso” a una pena privativa de libertad mayor de tres años. De donde se deduce que no basta, como parecía establecerse al principio, el simple incumplimiento de las reglas o la comisión de cualquier delito. Además, el que se diga “un nuevo delito doloso” puede dar lugar a que se crea que el primer delito (por el que se reservó el fallo) también debe ser del mismo tipo. Con lo que se concluiría, incorrectamente, que la suspensión no procede en caso de delitos culposos.

Los jueces deberán establecer, en decisiones uniformes, criterios coherentes de aplicación y esto, a nuestro modesto entender, en el sentido de la interpretación que proponemos en este trabajo. No necesitan esperar que se modifique una vez más el ya maltrecho Código de 1991.

## **CAPÍTULO V**

### **CASOS JURISPRUDENCIALES REFERIDOS A LA RESERVA DEL FALLO CONDENATORIO**

#### **5.1 CASO GUEVARA PEÑA**

Con fecha 14 de Diciembre del 2006, el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM), en el proceso disciplinario N° 015-2005-CNM seguido en contra de Mario Bruno Guevara Peña (entonces Juez del Juzgado Mixto de Atalaya – Ucayali), dispuso la destitución del citado juez a mérito de la ilegalidad de una sentencia que emitió, en la cual aplicó la figura de la reserva del fallo condenatorio.

Para precisar mejor el caso, debe de indicarse que se le imputó a Mario Bruno Guevara Peña haber incurrido en infracción a sus deberes, al expedir la sentencia de 22 de mayo de 2002, en la instrucción N° 071-2001, seguida contra Jaime Zegarra Torres, por delito contra la fe pública – falsificación de documento público – adulteración de documentos, en agravio de doña Elizabeth Tello Rivera y la Municipalidad Provincial de Atalaya, mediante la cual dispuso la reserva del fallo condenatorio del procesado antes citado, sin haber cumplido con observar los requisitos establecidos en el artículo 62° del Código Penal.

En ese sentido, el 9 de diciembre de 2005, el doctor Guevara Peña presenta su descargo, refiriendo que la medida de destitución solicitada por la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial cuestiona un acto eminentemente jurisdiccional, puesto que se sustenta en su criterio formado, además, alega que puede haber errado, pero no actuó en forma corrupta.

Asimismo, expresó que en el año 2002 se le designó Juez del Juzgado Mixto de Atalaya, oportunidad en que conoció el proceso seguido contra Jaime Zegarra Torres por delito contra la fe pública en agravio de Elizabeth Tello Rivera y la Municipalidad de Atalaya, y concluida la etapa investigatoria, el Fiscal formuló su dictamen, acusando al inculpado como autor del delito citado, pidiendo 3 años de pena privativa de la libertad y el pago de una reparación civil, y su Despacho falló condenando al acusado, imponiéndole la medida de fallo de reserva condenatoria y reglas de conducta, así como la correspondiente reparación civil, al sostener que, de acuerdo a su real entender, por la naturaleza del hecho punible y la personalidad del agente, esta medida hacía prever que el acusado no cometería otro delito.

Guevara Peña agregó que en el fondo sólo se trata de un error de interpretación del artículo 62° del Código Penal, pues confundió la pena prevista en la ley, o sea, la conminatoria, con la aplicable al caso;

Que, su conducta nunca estuvo orientada a cometer el delito de prevaricato, ya que lo acontecido se debió un juicio equivocado, un vicio de opinión causado de buena fe, lo cual, refiere, debe tomarse en cuenta.



Frente a ello, el CNM consideró que la sentencia emitida por Guevara Peña contraviene lo prescrito en el Artículo 62° del Código Penal, que señala que el juez podrá disponer la reserva del fallo condenatorio cuando la naturaleza, modalidad del hecho punible y personalidad del agente, hagan prever que esta medida le impedirá cometer un nuevo delito, y la reserva será dispuesta cuando el delito está sancionado con pena privativa de libertad no mayor de tres años o con multa.

Que, estos requisitos no se presentan en el caso sub examine, puesto que el artículo 427° del Código Penal prescribe, respecto a los delitos de falsificación de documentos públicos, que la pena privativa de libertad a imponer es no menor de dos años ni mayor de diez años, y, en el caso de documentos privados, es no menor de dos ni mayor de cuatro; razón por la cual no era aplicable la reserva de fallo, ya que en ninguno de los supuestos se cumplía con el requisito de contar con una pena máxima de tres años.

Finalmente, el CNM estimó que los argumentos del magistrado procesado referidos a que emitió la resolución cuestionada dentro de sus facultades jurisdiccionales y a que la misma constituyó un error de interpretación, no se condicen con su formación de abogado y de magistrado, ya que si bien podía interpretar la norma dentro de su actuar jurisdiccional, no puede alegar error o ignorancia de la ley, por cuanto los elementos exigidos por el artículo 62 del Código Penal para disponer la reserva del fallo condenatorio no se cumplían.

Al respecto, no entraremos en analizar si una inadecuada interpretación de la ley por parte del Juez debe o no generar un proceso disciplinario que a la postre conlleve la destitución del magistrado, así como, denunciarlo por la presunta comisión del delito de prevaricato. Sin embargo, ello no impide precisar una preocupación ¿hasta qué punto la decisión del CNM, al partir de una premisa inadecuada: *ludex non erroris*, afecta los principios constitucionales de la función jurisdiccional? Consideramos que el Magistrado, dentro de sus funciones constitucionales, es el responsable de la aplicación lógica y racional de las normas, a tal punto de poder apartarse de la voluntad del legislador, aún del texto legal (cuando este presente un conflicto de incompatibilidad con la Constitución). Sin embargo, de allí, confiar que nunca podrá equivocarse, no condice con su condición de ser humano, perfectible, susceptible a su entorno que puede producir la producción de un juicio fallido. Frente a esta situación es el por qué del establecimiento de los recursos impugnatorios, los cuales, son expresión normativa del principio de la doble instancia, cuyo fundamento es la auto corrección del sistema judicial en los yerros que hayan podido incurrir los magistrados. Tema diferente es si las partes ejercen o no su derecho a la impugnación de resoluciones judiciales, pero su omisión no puede generar responsabilidad disciplinaria, ni menos penal, en contra del magistrado, puesto que, como ya se indicó, se acepta en el sistema judicial, salvo que haya actuado con dolo, los yerros de juicio que el magistrado puede incurrir.

Pero, volviendo al tema que nos ocupa, hay que admitir un fallo de apreciación por parte del entonces Juez Guevara, al entender que, en los requisitos de aplicación de la reserva del fallo condenatorio, se debe examinar la pena concreta y no la abstracta; y allí reside la equivocación, dado que, como se indicó en el capítulo anterior, los requisitos de aplicación son: **a) Que el delito esté sancionado con pena conminada no superior a tres años de pena privativa de la libertad o con multa; o con prestación de servicios a la comunidad o limitación de días libres que no excedan a noventa jornadas semanales; o con inhabilitación no superior a dos años. b) Que el juez atendiendo a las circunstancias de hecho y a la personalidad del agente, emita un pronunciamiento favorable sobre la conducta futura del imputado. c) La reserva del fallo condenatorio también es aplicable en caso de penas conjuntas o alternativas, siempre que tales sanciones se adecuen a los marcos cualitativos y cuantitativos antes mencionados.**

Como se aprecia es la pena abstracta, legal o conminada, esto es, el establecido por el legislador, lo que debe tomar en cuenta el Juez para decidir, con la observancia de los otros requisitos, la procedencia o no de la reserva de fallo; porque como se recuerda, la reserva del fallo condenatorio se aplica a los delitos de mínima gravedad, aquellos que no afectan, en manera intensa, el interés público. Sería una equivocación pensar que delitos tales como: falsificación de documentos o hurto agravado, pueden ser materia de reserva de fallo, solo si, el Juez los sentencia por menos de tres años, dado que, estos ilícitos penales presentan una gravedad tal, que escapan del marco de la reserva de fallo.

## **5.2 CASO SALLY BOWEN**

Zevallos Gonzáles denunció a Sally Bowen y Jane Holligan por difamación agravada porque en el libro “El espía imperfecto” se cita la versión del presunto informante de la DEA, Oscar Benites Linares, que vincula al empresario aerocomercial con Vladimiro Montesinos y el narcotráfico. Demandó pena carcelaria y el pago de una reparación civil de 10 millones de dólares.

En ese sentido, el Juez consideró que la conducta desarrollada por las querelladas Sally Bowen y Jane Holligan consiste en haber vulnerado el honor y la buena reputación al que tiene derecho toda persona, al haberse publicado en la obra “El Espía Imperfecto. La Telaraña Siniestra de Vladimiro Montesinos”, un párrafo contenido en el capítulo siete, titulado conexiones de la cocaína específicamente en la página ciento ochenta y ocho, en la cual según manifiesta Oscar Lizardo Benítez Linares, Montesinos habría organizado por completo el negocio de las drogas, habría embaucado a los Estados Unidos, capturando unos cuantos peces pequeños y habría establecidos alianzas con hombres, que, según afirma eran grandes narcotraficantes del Perú, tales como Eudocio Martínez de Hayduk, y Fernando Zevallos fundador de Aerolíneas AeroContinente. En consecuencia los hechos descritos en el presente proceso esto dentro del análisis objetivo del tipo, se encuentran subsumidos, requiriéndose además de una valoración respecto al dolo.

Así, la conducta desarrollada por Sally Bowen, se encontraría, según la sentencia, dentro del concepto dolo eventual, dado que sin tener la intención de provocar un daño al honor del querellante, afirmación que además ha manifestado en su declaración instructiva, debía prever las consecuencias de sus actos antes de la publicación de la obra aludida encontrándosele por tanto responsable, en ese grado dado que se da a entender que el querellante Fernando Melciades Zevallos Gonzáles es un gran narcotraficante.

Finalmente, en cuanto a la pena a imponer, según la sentencia, se debe tener en cuenta que la conducta se subsume en el supuesto normativo imputado, por lo que se ha acreditado el delito, por que la acusada actuó con dolo en este caso eventual, que implica un dejar de informar conforme a los hechos sucedidos en la realidad, con lo cual se ha afectado un bien jurídico protegido, no solo por las leyes sustantivas, sino que su génesis se encuentran en la propia Constitución Política del Estado, por todo ello el Juzgador tiene las alternativas de imponer la reserva del fallo condenatorio, suspender la ejecución de la condena o hacer efectiva la sanción; que para el presente caso resulta pertinente dictar la Reserva del Fallo Condenatorio, estando a las cualidades personales de la querellada, quien por su grado de cultura y conocimiento, hacen prever que no incurrirá en otro ilícito.

Igual como en el anterior caso, nos limitaremos al extremo que hace referencia a la reserva del fallo. Sin embargo, ello tampoco impide realizar un breve acercamiento a la problemática del dolo eventual. En efecto, la doctrina dominante lo define cuando el sujeto a pesar de tener conocimiento de la peligrosidad de su conducta para el bien jurídico, continúa.

Roxin, entiende que la característica esencial de las tres clases de dolo es el “plan previo” por ello “un resultado ha de considerarse doloso” cuando se corresponda con el plan del sujeto en una valoración objetiva. Así, quien incluye en sus cálculos como posibles la realización de un tipo sin que la misma le disuada de su plan, se ha decidido en contra del Bien Jurídico protegido. Y esta decisión en contra del bien jurídico es la que la diferencia en su contenido de disvalor de la “imprudencia consciente” y que justifica una más severa punición. El “dolo” es la “realización de un plan”, la “imprudencia” es solo “negligencia o ligereza”. María del Mar Díaz Pita<sup>138</sup> de igual manera que Claus Roxin recurre al criterio de la “decisión contra el bien jurídico”. Entiende “que es necesario una definición única de dolo que la escinda de la imprudencia”. Para ella “dolo” será: “La decisión contraria a los bienes protegidos por el ordenamiento penal”. La autora encuentra la ventaja en que “el dolo” así entendido sería un “concepto neutro”, en el que no valoraría el elemento interno de aprobación o rechazo del sujeto sobre su acción. Lo importante es si el autor, conociendo la situación de riesgo, eligió o no el camino de la defensa de los bienes jurídicos. Ello es lo que se interesa el

---

<sup>138</sup> Cfr. DE LA FUENTE, Javier, “EL CONCEPTO DE DOLO EVENTUAL EN LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA DEL TS DE ESPAÑA”. En: *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Editorial Ad-Hoc, 2000, Pág. 570.

ordenamiento jurídico con prescindencia del por qué o no del autor. Comparten este criterio Donna,<sup>139</sup> Hassemer, entre otros.

Así, para hablar de dolo por parte de Sally Bowen se debió probar una posición decidida y contraria al bien jurídico (en este caso honor). Sin embargo, la sentencia expresó, en uno de sus considerandos: *debía prever las consecuencias de sus actos antes de la publicación de la obra aludida encontrándosele*. Como se aprecia, el juzgador no estableció una decisión en contra del bien jurídico protegido; y al contrario, si analizamos la labor periodística y la publicación de una obra, debemos disentir con el juzgador de que los mismos sean indicadores objetivos de dolo.

Por otro lado, en lo que respecta a la fundamentación de la aplicación de la reserva de fallo si bien parte de la consideración que con la aplicación de la reserva se estaría cumpliendo, en la persona de Sally Bowen, con los fines de prevención especial, evitándose una disocialización por la estancia en prisión. Sin embargo, se observa una falta de fundamentación en lo que respecta a los requisitos de procedencia de la reserva: las condiciones de la pena y pronóstico favorable.

### **5.3 JURISPRUDENCIA VINCULANTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ**

El 27 de Mayo del 2005, la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en el recurso de nulidad interpuesto por la procesada Fernanda Córdor Robles por la presunta comisión del delito de peculado culposos, estableció, como jurisprudencia vinculante, los presupuestos de aplicación de la reserva de fallo condenatorio.

Así la citada sentencia precisa que la reserva del fallo es una medida alternativa a la pena privativa de libertad de uso facultativo para el juez,<sup>140</sup> que se caracteriza fundamentalmente por reservar la imposición de la condena y el señalamiento de la pena concreta para el sentenciado culpable; que en consecuencia, tal medida consiste en declarar en la sentencia la culpabilidad del procesado, pero sin emitir la consiguiente condena y pena. Estos últimos extremos se reservan y se condiciona su extinción o pronunciamiento a la culminación exitosa o no de un periodo de prueba, dentro del cual el sentenciado deberá abstenerse de cometer nuevo delito y cumplir las reglas de conducta que le señale el juez.<sup>141</sup>

Asimismo, precisa que los presupuestos de la reserva son: a) Que el delito esté sancionado con pena conminada no superior a tres años de pena

---

<sup>139</sup> Cfr. DONNA, Edgardo Alberto / DE LA FUENTE, Javier Esteban. "PREVENCIÓN, CULPABILIDAD, Y LA IDEA OBJETIVA DEL DOLO. EL DOLO EVENTUAL Y SU DIFERENCIA CON LA IMPRUDENCIA CONSCIENTE. A PROPÓSITO DEL CASO CABELLO". En: Revista de Derecho Penal 2003-2, Editorial Rubinzal-Culzoni, 2004, Pág. 518.

<sup>140</sup> Para Hurtado Pozo la misma no es facultativa, dado que, si se cumplen con los presupuestos de aplicación, entonces el Juez no tendría fundamento alguno para no proceder a su aplicación.

<sup>141</sup> RN 3332-04, Considerando Quinto.

privativa de la libertad o con multa; o con prestación de servicios a la comunidad o limitación de días libres que no excedan a noventa jornadas semanales; o con inhabilitación no superior a dos años. b) Que el juez atendiendo a las circunstancias de hecho y a la personalidad del agente, emita un pronunciamiento favorable sobre la conducta futura del imputado. c) La reserva del fallo condenatorio también es aplicable en caso de penas conjuntas o alternativas, siempre que tales sanciones se adecuen a los marcos cualitativos y cuantitativos antes mencionados.

Lo resaltante es el último de los presupuestos, esto es, su procedencia tanto en penas conjuntas como alternativas, mención que el Código Penal, expresamente, no lo señala. Haciendo la acotación, que en caso de penas conjuntas, las mismas no pueden superar el límite señalado en el primer presupuesto de procedencia de la reserva; es decir, si en un caso concreto, el delito materia de proceso presenta como penas, por un lado privativa de libertad, y por otro lado inhabilitación, entonces para que proceda la reserva del fallo condenatorio, la pena privativa de libertad conminada (la establecida por el legislador) no puede superar tres años, así como, la inhabilitación no puede superar (la pena conminada) los dos años; si algunas de las sanciones conjuntas supera este límite entonces no puede proceder la aplicación de la reserva de fallo condenatorio.

## **CAPÍTULO VI**

### **ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS**

#### **6.1 TIPO DE INVESTIGACIÓN**

El presente trabajo es una investigación de tipo APLICATIVA, que requiere de una descripción de las características más significativa de la reserva del fallo condenatorio, a fin de establecer un diagnóstico sobre la actual situación problemática en ese ámbito, a fin de formular alternativas de solución para ser aplicados por los operadores jurídicos.

#### **6.2 TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN Y PROCESAMIENTO DE DATOS**

##### **6.2.1 TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN DE DATOS**

Para esta investigación utilizaremos las técnicas más típicas; así tenemos:

###### **6.2.1.1 ENCUESTA**

Este instrumento se elaboró en función del problema planteado, la hipótesis y los variables identificados, para lo cual previamente se formuló el cuestionario respectivo, siguiendo los criterios científicos a efectos de recoger minuciosamente esta información.

###### **6.2.1.2 ENTREVISTA**

Se realizó en forma verbal a unas 30 personas que tienen las mismas características de la población en estudio pero que por su propia labor es interesante conocer su opinión.

###### **6.2.1.3 ANALISIS DE REGISTRO DOCUMENTAL**

Esta técnica estará en función del análisis doctrinario y técnica de las diversas obras, así como, de las jurisprudencias emitidas por los Tribunales de Justicia.

###### **6.2.1.4 ANALISIS MICRO COMPARATIVO DE SISTEMAS EXTRANJEROS**

Para el mayor cumplimiento de esta técnica he visto por conveniente elegir adecuadamente cuales van a ser los sistemas jurídicos extranjeros que van a ser objeto de comparación, a fin de determinar las semejanzas, identidades y diferencias que pudieran existir entre el objeto de confrontación.

#### **6.2.1.5 FICHAS DE INFORMACIÓN JURIDICA**

Considerando los criterios metodológicos al momento de recolectar la información, formulamos las fichas respectivas, a fin de almacenarlas y procesarla debidamente en el momento respectivo, esto es, cuando se ha estado elaborando la presente tesis.

#### **6.2.1.6 BÚSQUEDA DE INTERNET**

Con el manejo de las herramientas de internet se pudo indagar en otros sistemas jurídicos relacionados con el tema investigado.

### **6.2.2 TÉCNICAS DE PROCESAMIENTO DE DATOS**

#### **6.2.2.1 SELECCIÓN Y REPRESENTACIÓN POR VARIABLES**

Se seleccionó las respuestas obtenidas del trabajo de campo, de acuerdo a las variables formuladas, empleando, incluso, la codificación.

#### **6.2.2.2 MATRIZ TRIPARTITA DE DATOS**

En este instrumento almacenamos la información obtenida y que previamente ha sido seleccionado o representada por el investigador en una matriz de datos.

#### **6.2.2.3 UTILIZACIÓN DE PROCESADOR SISTEMATIZADA**

La información clasificada y almacenada en la matriz de datos se trasladó a un procesador de sistemas computarizados que nos permita realizar las técnicas estadísticas apropiadas para lo cual tener en cuenta el diseño y las diversas pruebas que vayamos a utilizar en la contrastación de las hipótesis.

#### **6.2.2.4 PRUEBAS ESTADISTICAS**

Se empleará en función del diseño respectivo.

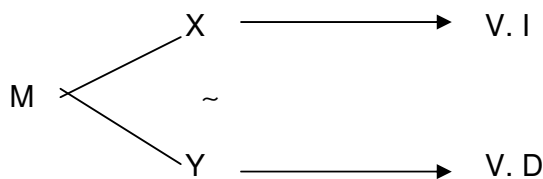
### **6.2.3 LIMITACIONES**

Durante el proceso de recolección de datos, se presentaron limitaciones. Así, en lo que respecta a las encuestas, hubo renuencia de algunos de los encuestados al momento de desarrollar el respectivo cuestionario, debido a la idea de una supuesta mal intencionada investigación.

Otra limitación es la poca investigación nacional sobre este tema, obligándome a recurrir a la doctrina extranjera, haciendo la salvedad respectiva en lo que respecta a la realidad normativa y jurisprudencia de los países consultados.

### 6.3 DISEÑO DEL TRABAJO OPERACIONAL

El diseño específico en la verificación de la hipótesis está orientado por el siguiente esquema:



M, es la muestra representativa

X, es la variable independiente

Y, es la variable dependiente

La hipótesis se comprobó utilizando el presente diseño de investigación, estableciendo la condicionalidad existente entre las variables “x” y “y”, recolectando datos a través de uno o varios instrumentos de medición y analizando e interpretando dichos datos.

#### 6.3.1 POBLACIÓN Y MUESTRA

Como se indicó en el Capítulo I, la investigación se desarrolló sobre la base de resoluciones que disponen la reserva del fallo condenatorio durante el periodo 2002 –2007. La información de los referidos fallos, han sido recogidos en la respectiva ficha de estudio documental.

Sin embargo, también se han realizado encuestas, sobre la base de la siguiente población:

##### **A. Distrito Judicial de Lima:**

- Jueces Penales de Lima
- Fiscales Penales de Lima
- Abogados

##### **B. Distrito Judicial del Callao:**

- Jueces Penales de Lima
- Fiscales Penales de Lima
- Abogados

##### **C. Distrito Judicial del Cono Norte:**

- Jueces Penales de Lima
- Fiscales Penales de Lima
- Abogados

En donde la muestra está conformada por:

##### **A. Distrito Judicial de Lima:**

- Jueces Penales de Lima: 25



- Fiscales Penales de Lima: 25
- Abogados: 50

**B. Distrito Judicial del Callao:**

- Jueces Penales de Lima: 05
- Fiscales Penales de Lima: 05
- Abogados: 50

**C. Distrito Judicial del Cono Norte:**

- Jueces Penales de Lima: 05
- Fiscales Penales de Lima: 05
- Abogados: 50

Haciendo un total de:

- Jueces Penales: 35
- Fiscales: 30
- Abogados: 150

Finalmente, el nivel de precisión consiste en un 97% con un error de estimación del 3%.

## **6.4 CONTRASTACIÓN Y COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS**

### **6.4.1 CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS**

El método aquí empleado es contrastar las variables empleadas en el trabajo de campo, con relación a nuestra hipótesis de trabajo, la cual es:

- **HIPÓTESIS DE TRABAJO PRINCIPAL**

El quantum de la pena, el pronóstico favorable de la conducta del imputado y la discrecionalidad del Juez son los parámetros condicionantes para la aplicación de la reserva del fallo condenatorio en nuestro país.

- **HIPÓTESIS SECUNDARIA No. 01**

Según el tratamiento de la reserva del fallo condenatorio en nuestro Código Penal presenta como naturaleza jurídica el de fundarse en la prevención especial, en detrimento del principio que todo autor culpable de un delito debe ser castigado.

- **HIPÓTESIS SECUNDARIA No. 02**

En un porcentaje mínimo se ha aplicado la reserva del fallo condenatorio en el Distrito Judicial de Lima, durante el período 2002-2007.

- **HIPÓTESIS SECUNDARIA No. 03**

Los factores que impiden una mayor aplicación de la reserva del fallo condenatorio en el Distrito Judicial de Lima, durante el período 2002-2007 son: el desconocimiento de los objetivos, finalidades y

funciones de esta figura, pese a la regulación legal que ésta presenta; y, la presencia de una cultura de encarcelamiento por parte de los aplicadores del Derecho.

Como se indicó en el punto de población y muestra, se han encuestado a ciento cincuenta personas, distribuidas, en función al método del muestreo estratificado.

En ese sentido, se analizarán las respuestas dadas a cada una de las preguntas **CERRADAS** (aquellas que presentan alternativas y el encuestado debe escoger entre una de ellas) <sup>142</sup>elaboradas para la encuesta (al respecto, véase, anexo I), a través del siguiente formato:

1. Indicación de la pregunta
2. Tabulación de las respuestas y presentación en forma numérica, así como porcentual.
3. Elaboración del gráfico de respuestas
4. Realización del análisis respectivo

Este formato se seguirá para cada una de las preguntas objeto de la encuesta.

---

<sup>142</sup> Como se sabe, en metodología, en el rubro de la encuesta, las preguntas pueden ser cerradas o abiertas. En la primera se le presenta al encuestado una serie de alternativas para que elija entre una de ellas. En cambio, en la segunda, el encuestado expresa su opinión de manera amplia y detallada. Una de las ventajas de las preguntas cerradas es la facilidad para tabular las respuestas y presentarlas en cuadros y gráficos, por lo que, son este tipo de preguntas las que se han representado en los cuadros siguientes.

## I. ENCUESTA A JUECES

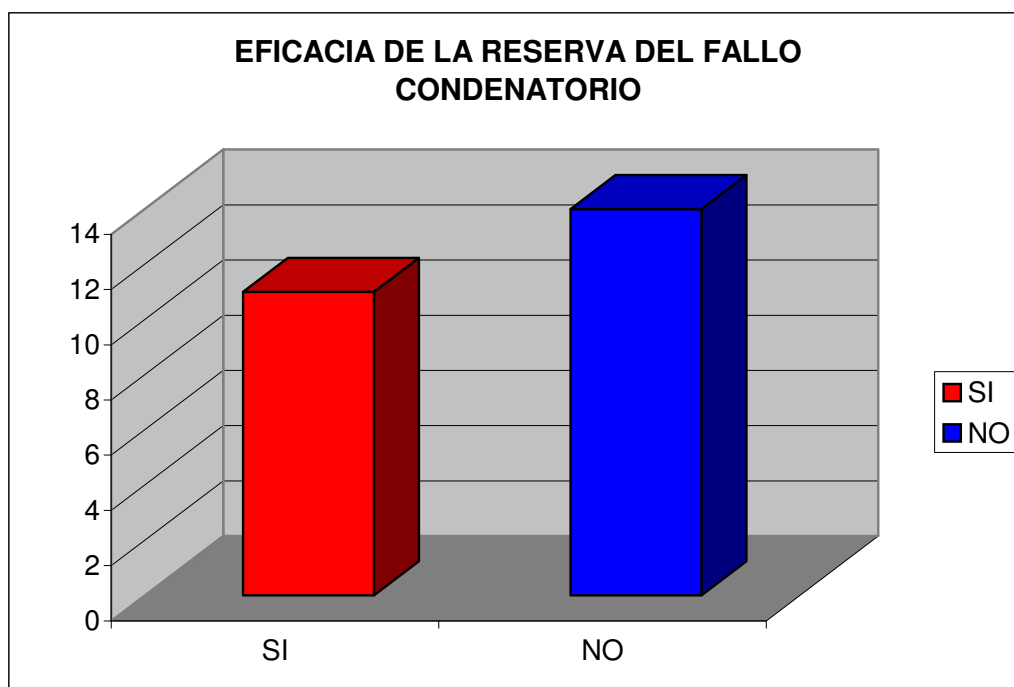
### • PREGUNTA N° 01

¿Considera Ud. que la actual aplicación de la reserva del fallo condenatorio es eficaz en nuestro sistema penal?

CUADRO N° 01

UNIDAD DE MUESTRA	SI	NO
JUECES PENALES	15	20

GRÁFICO N° 01



FUENTE: ENCUESTA PROPIA

### ANALISIS

Según el número de jueces que componen la muestra, la distancia que separa aquellos que consideran que si es eficaz la reserva del fallo en el Perú de aquellos que no, es mínima; aunque la ligera ventaja lo detentan aquellos que opinan que esta figura no está cumpliendo con los objetivos, por lo cual fue creado, debido que, no se ha realizado un seguimiento sobre si esta medida ha surtido efectos de prevención especial para el imputado, y por el contrario, la mayoría de los beneficiados han vuelto a incurrir en nuevos delitos y, por ende, procesados. Por tanto, los jueces encuestados, en su mayoría, son de la opinión, que esta figura es ineficaz para el sistema peruano, debido a las razones antes expuestas.

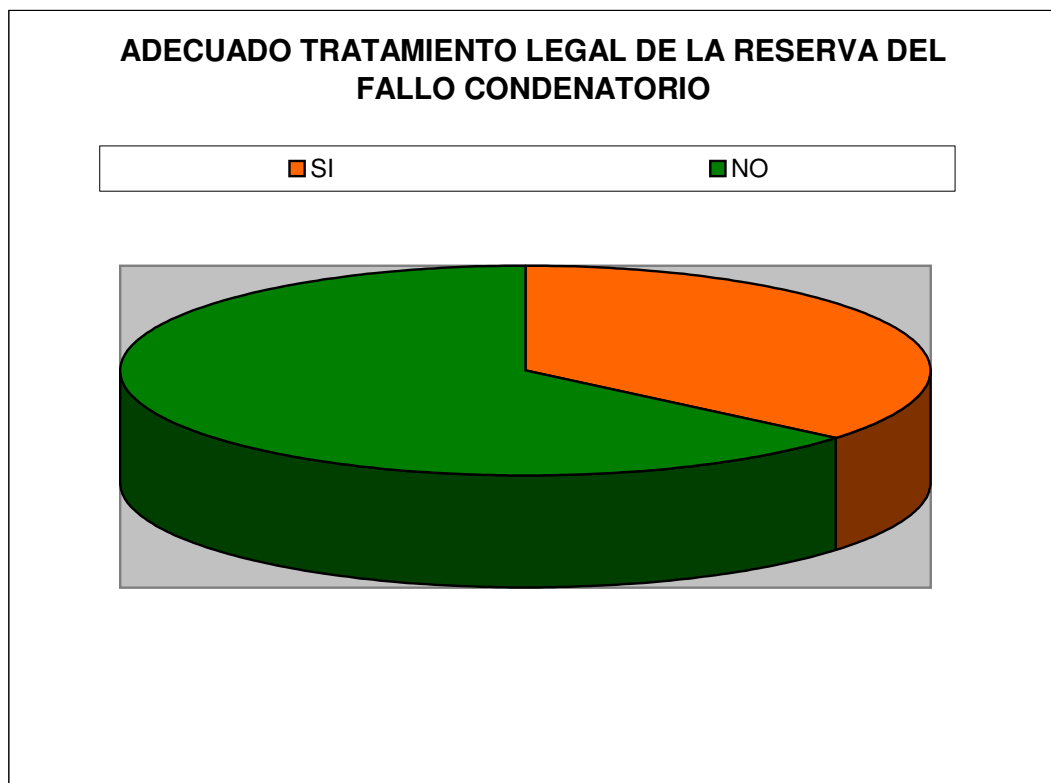
• **PREGUNTA N° 02**

¿Estima Ud. que hay un adecuado tratamiento de la reserva del fallo condenatorio en nuestro Código Penal?

**CUADRO N° 02**

UNIDAD DE MUESTRA	SI	NO
JUECES PENALES	10	25

**GRÁFICO N° 02**



**FUENTE: ENCUESTA PROPIA**

**ANALISIS**

En este cuadro la distancia se amplia; es decir, analizando el mismo marco legal, los magistrados encuestados opinan que hay defectos, así como, vacíos en la ley. En lo que respecta a defectos, opinan por la inoperancia del registro de reserva de fallos condenatorios, creado por ley, pero que hasta el momento no entra en operaciones. En lo que respecta a vacíos, estiman sobre el tema de cómputos de pena por delitos cometidos a posteriori de haberse reservado el fallo condenatorio. Todo ello, conlleva, según los encuestados, a afectar la eficacia de esta figura en nuestro sistema judicial.

• **PREGUNTA N° 03**

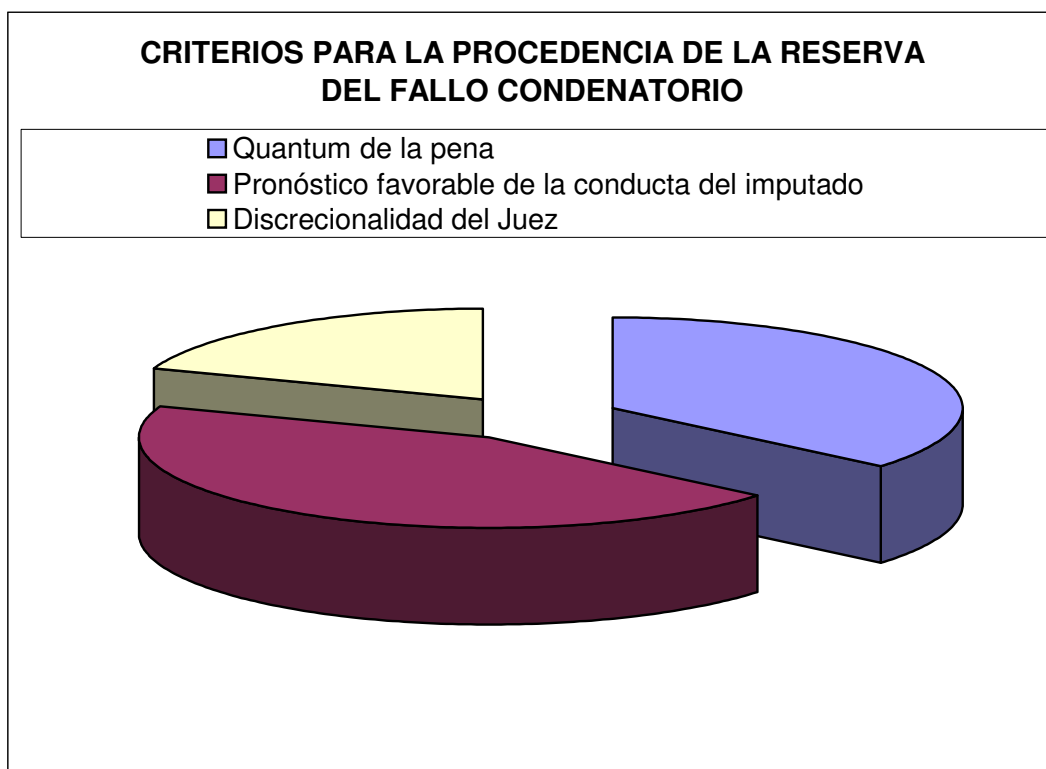
Puede escoger entre una o varias alternativas.

¿Cuáles son los factores que Ud. toma en cuenta para aplicar la reserva del fallo condenatorio?

**CUADRO N° 03**

UNIDAD DE MUESTRA	QUANTUM DE LA PENA	PRONÓSTICO FAVORABLE DE LA CONDUCTA DEL IMPUTADO	DISCRECIONALIDAD DEL JUEZ
JUECES PENALES	16	20	09

**GRÁFICO N° 03**



FUENTE: ENCUESTA PROPIA

**ANÁLISIS**

En este cuadro se pretende contrastar nuestra **HIPÓTESIS PRINCIPAL**, consistente en saber cuáles son los criterios por los cuales, el Juez aplica la reserva del fallo condenatorio; y entres las alternativas colocadas, los Magistrados han elegido las tres propuestas y que también son considerados en la presente investigación. Aunque, cabe señalar que hay una ligera inclinación al indicador de pronóstico favorable de la conducta del imputado como criterio de mayor importancia.

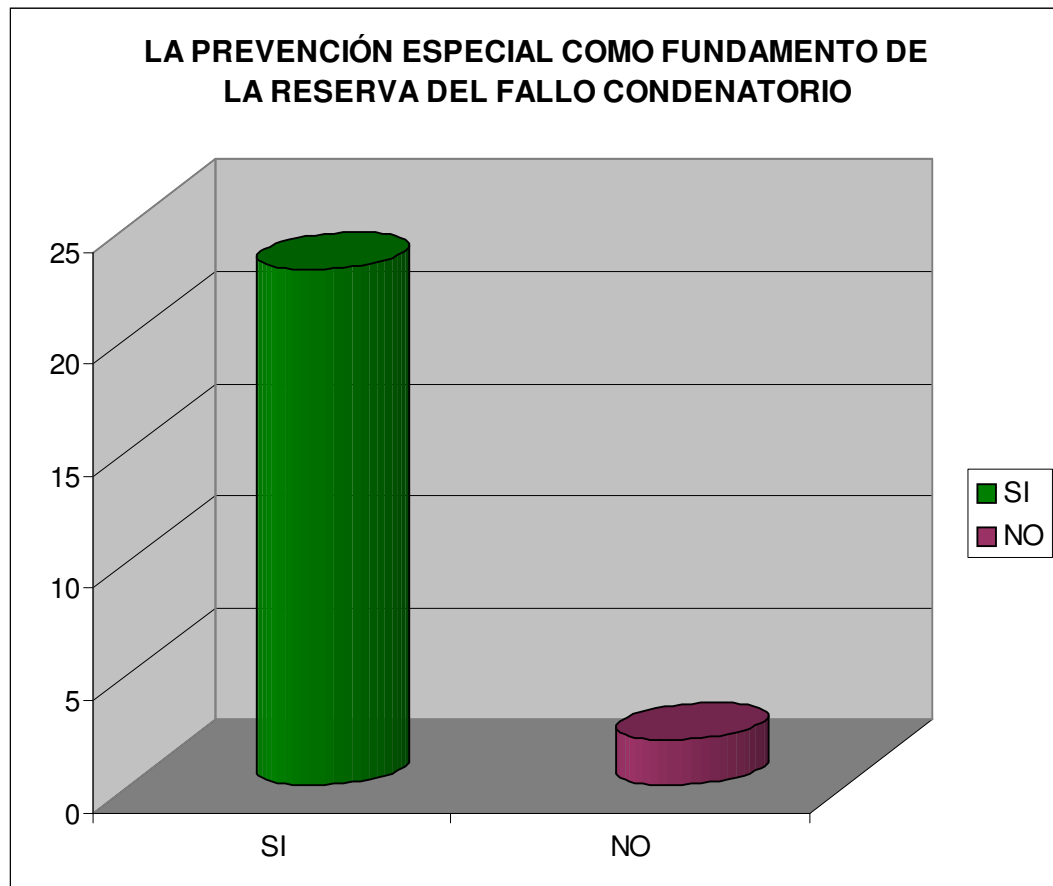
• **PREGUNTA N° 04**

¿Opina Ud. que la naturaleza del fallo condenatorio descansa en la prevención especial?

**CUADRO N° 04**

UNIDAD DE MUESTRA	SI	NO
JUECES PENALES	31	04

**GRÁFICO N° 04**



FUENTE: ENCUESTA PROPIA

**ANÁLISIS**

En este cuadro se pretende contrastar nuestra **HIPÓTESIS SECUNDARIA N° 01**, consistente en saber si la prevención especial es o no el fundamento de la reserva del fallo condenatorio; en ese sentido, según los magistrados encuestados, y en forma casi unánime, se inclina a opinar que la reserva del fallo debe ser un mecanismo conducente a la resocialización del imputado extramuros, es decir, sin pasar por un establecimiento penitenciario.

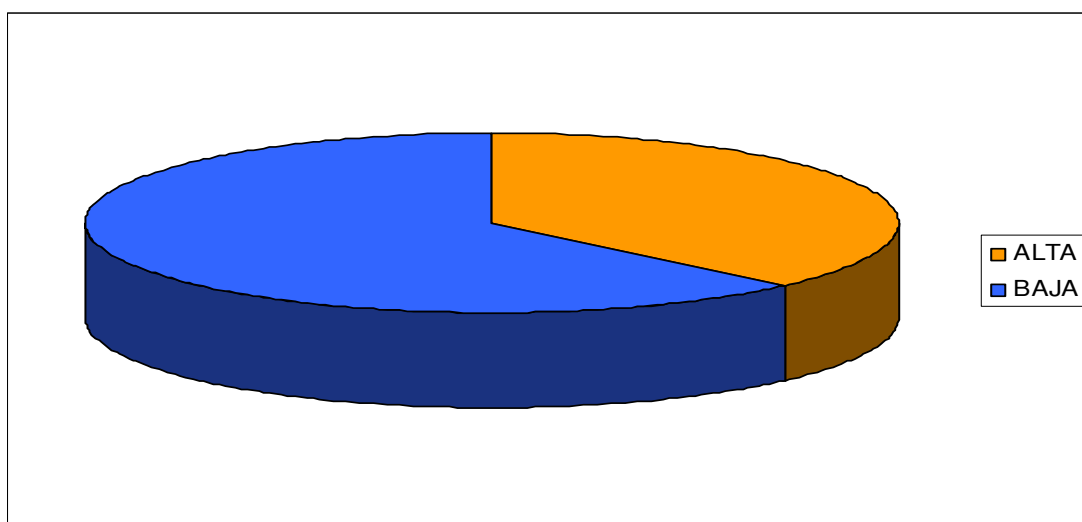
- **PREGUNTA N° 05**

¿Según su opinión, en qué porcentaje se viene aplicando la reserva del fallo condenatorio en el Distrito Judicial de Lima, durante el período 2002-2007?

**CUADRO N° 04**

UNIDAD DE MUESTRA	ALTA	BAJA
JUECES PENALES	13	22

**GRÁFICO N° 05**



FUENTE: ENCUESTA PROPIA

### ANÁLISIS

En este cuadro se contrasta la **HIPÓTESIS SECUNDARIA N° 02**, en donde se nota una paradoja; es decir, si bien en los cuadros anteriores los magistrados encuestados han considerado la presencia de un marco legal inadecuado, así como, el incumplimiento de los objetivos de la reserva del fallo, aquí opinan por una aplicación alta de este mecanismo sustitutivo al cumplimiento de la pena privativa de libertad, en el sentido que, si bien presenta un marco deficiente, ello debe de ponderarse con la necesidad de no sobrecargar los establecimientos penitenciarios por aquellos condenados a penas cortas. Esta ponderación de intereses (*balancing test*) es el fundamento del por qué se recurre a esta figura a pesar de las deficiencias que presenta.

- **PREGUNTA N° 06**

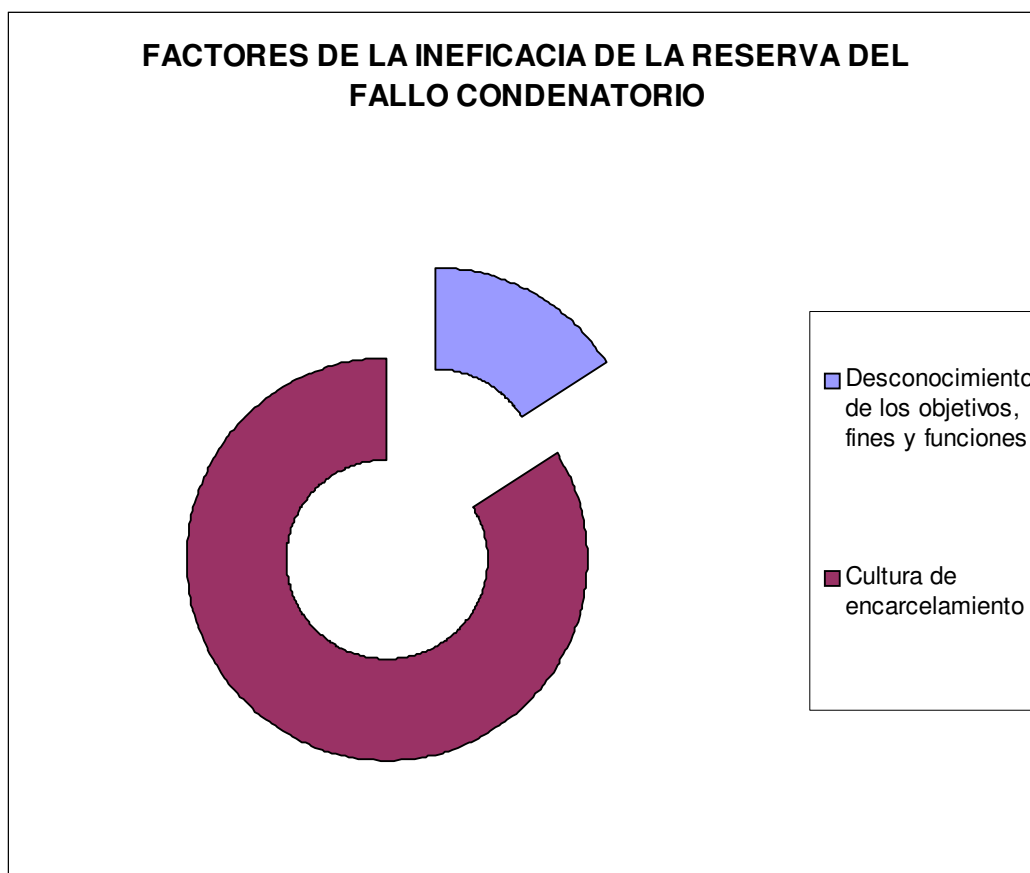
Puede escoger entre una o varias alternativas.

Para Ud. ¿Cuáles son los factores, por los cuales, no se viene aplicando, en un porcentaje mayor, la reserva del fallo condenatorio en el Distrito Judicial de Lima, durante el período 2002-2007?

**CUADRO N° 06**

UNIDAD DE MUESTRA	DESCONOCIMIENTO DE LOS OBJETIVOS, FINALIDADES Y FUNCIONES	LA PRESENCIA DE UNA CULTURA DE ENCARCELAMIENTO
JUECES PENALES	10	25

**GRÁFICO N° 06**



FUENTE: ENCUESTA PROPIA

#### **ANÁLISIS**

En este cuadro se contrasta la **HIPÓTESIS SECUNDARIA N° 03**, en donde se analiza la presencia de factores o causas que inciden en la ineficacia de la reserva del fallo condenatorio; y en ese sentido, los jueces encuestados opinan que es la presencia de una cultura carcelaria, el mayor obstáculo para la aplicación de este mecanismo.



## II. ENCUESTA A FISCALES

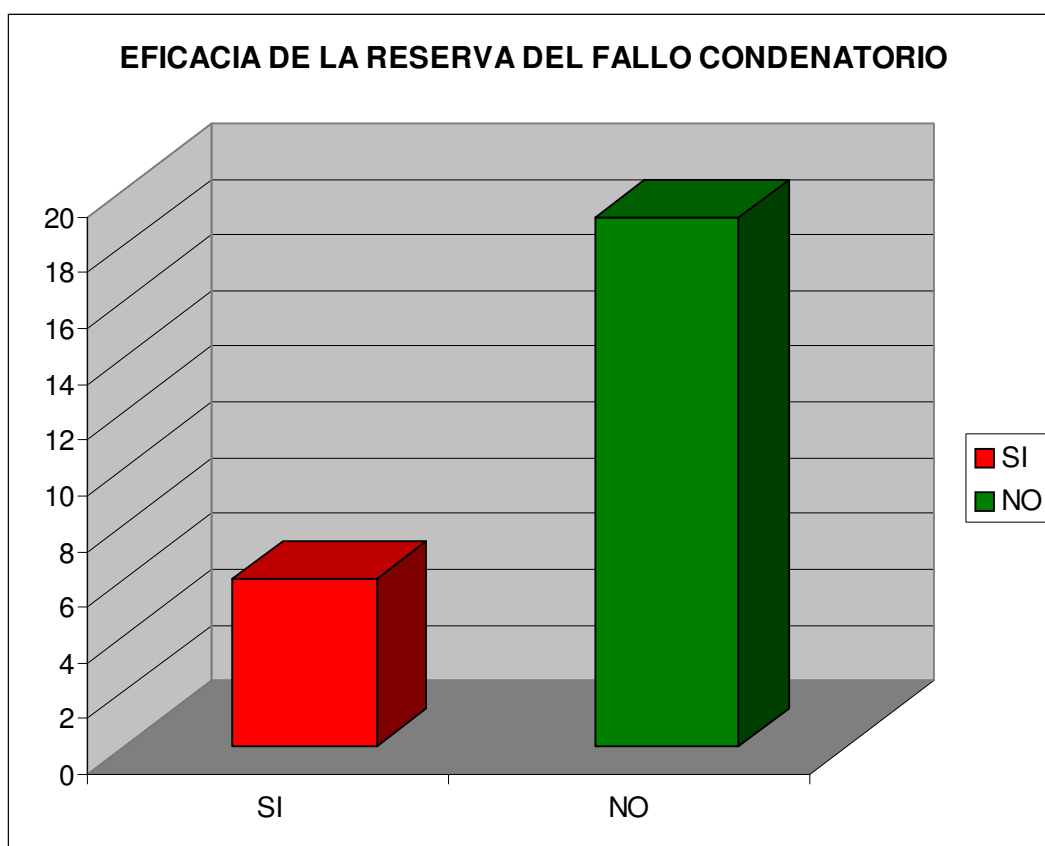
### • PREGUNTA N° 01

¿Considera Ud. que la actual aplicación de la reserva del fallo condenatorio es eficaz en nuestro sistema penal?

**CUADRO N° 01**

UNIDAD DE MUESTRA	SI	NO
FISCALES PENALES	08	22

**GRÁFICO N° 01**



FUENTE: ENCUESTA PROPIA

### ANALISIS

A partir de esta pregunta se presentan las opiniones ahora desde el rubro de los fiscales; y en ese sentido, mayoritariamente opinan de la ineficacia de la reserva del fallo condenatorio, dado que, en el proceso se adjuntan pruebas, así como, se elaboran argumentaciones que fundamentarían una condena efectiva del procesado y no una reserva, ni menos, una suspensión de la ejecución de la pena. Consideran que no se estaría cumpliendo con los fines de la resocialización, dado que, los beneficiados con esta figura vuelven a delinquir y no readaptan su conducta al patrón de conducta social.

### III. ENCUESTA A ABOGADOS

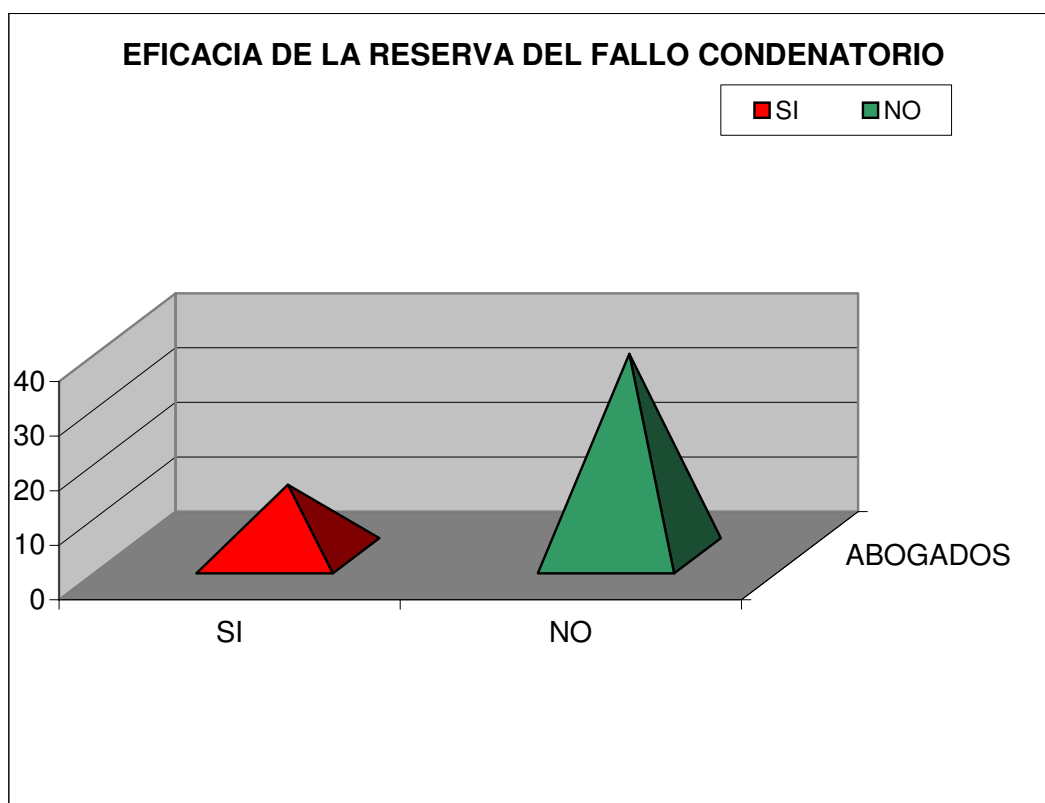
- **PREGUNTA N° 01**

¿Considera Ud. que la actual aplicación de la reserva del fallo condenatorio es eficaz en nuestro sistema penal?

**CUADRO N° 01**

UNIDAD DE MUESTRA	SI	NO
ABOGADOS	56	94

**GRÁFICO N° 01**



FUENTE: ENCUESTA PROPIA

### ANALISIS

En lo que respecta a los abogados, es mayoritaria su opinión sobre la ineficacia de la reserva del fallo condenatorio; según los encuestados, a pesar que desde la perspectiva de la defensa le es favorable que su patrocinado se beneficie con un fallo condenatorio reservado, desde el punto de vista de los objetivos y finalidades de este mecanismo alternativo a la pena efectiva, se aprecia un fracaso, puesto que, no hay un seguimiento al imputado sobre si está o no cumpliendo con las reglas de conducta, así como, si se está o no resocializándose y readaptándose al patrón de conducta social.

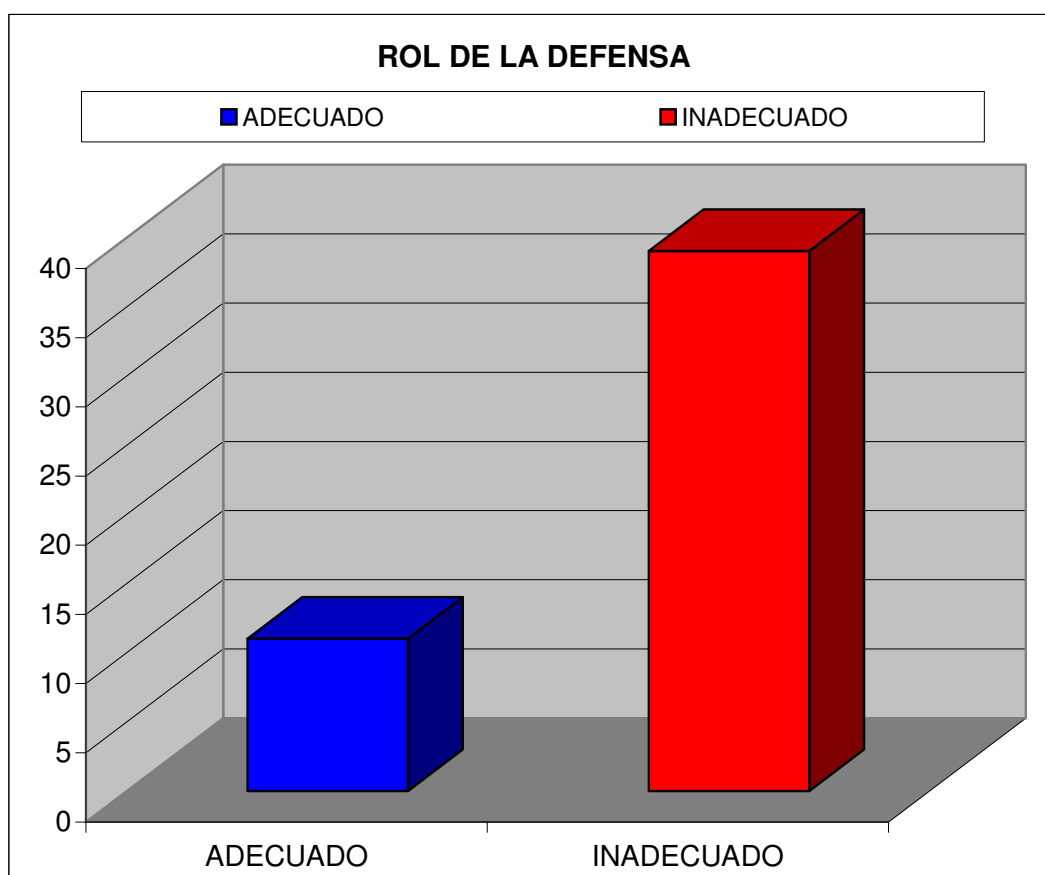
- **PREGUNTA N° 02**

Para Ud. ¿el rol de la defensa frente a la aplicación de la reserva del fallo condenatorio es:

**CUADRO N° 02**

UNIDAD DE MUESTRA	ADECUADO	INADECUADO
ABOGADOS	38	112

**GRÁFICO N° 02**



**FUENTE: ENCUESTA PROPIA**

**ANÁLISIS**

Esta pregunta gira entorno a conocer si la defensa realiza sus funciones, o bien, para obtener una reserva del fallo condenatorio a favor de su patrocinado, o, además, lograr el cumplimiento de los fines y objetivos de esta figura en su cliente. Al respecto, la mayoría de abogados encuestados reconocen de que solo buscan la aplicación de este mecanismo, sin preocuparse si su patrocinado alcanzará o no los objetivos del mismo; por lo que, consideran su rol como inadecuado; considerando que es un factor concurrente a la ineficacia de la reserva del fallo condenatorio en nuestro sistema,

#### **6.4.2 COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS**

De los resultados obtenidos en el trabajo de campo, se aprecia que, la reserva del fallo condenatorio en el Perú es un mecanismo alternativo a la pena, que se basa en la presencia de criterios tales como: el quantum de la pena, el pronóstico favorable de la conducta del imputado y el análisis discrecional del Juez; y ello debido que, esta figura, descansa en el logro de la prevención especial, esto es, la resocialización, readaptación y reeducación del delincuente fuera de un establecimiento penitenciario.

Sin embargo, este mecanismo tiene poca aplicación en nuestro sistema judicial, en los últimos años, y debido a la presencia, por un lado, del desconocimiento de sus objetivos, funciones y finalidad, y por el otro lado, a la presencia, entre los operadores jurídicos, de una cultura carcelaria, expresión de una política criminal que ve en el endurecimiento de la pena y en su aplicación efectiva, como las soluciones ante la criminalidad que agobia al país.

Este panorama descrito es acorde tanto con la hipótesis principal, así como, con las secundarias propuestas en esta investigación, por lo que, se puede afirmar que se encuentran comprobadas.

## CONCLUSIONES

1. Nada se opone a que el legislador introduzca cada vez más elementos que supongan un tratamiento individualizador de la pena que sirva a una auténtica resocialización, porque la pena (al igual que los bienes jurídicos a proteger penalmente) está al servicio del individuo (no al revés) y porque la defensa de la sociedad con que a veces se ha argumentado para justificar las instituciones penales no es necesaria cuando es esa misma sociedad la que, a través de un proceso de individualización, acude a otros cauces más racionales de solución de sus conflictos.
2. La reserva del fallo condenatorio en el Perú es un mecanismo alternativo a la pena, que se basa en la presencia de criterios tales como: el quantum de la pena, el pronóstico favorable de la conducta del imputado y el análisis discrecional del Juez.
3. La reserva del fallo condenatorio descansa en el logro de la prevención especial, esto es, la resocialización, readaptación y reeducación del delincuente fuera de un establecimiento penitenciario.
4. La reserva del fallo condenatorio presenta un poca aplicación en nuestro sistema judicial, en los últimos años, y debido a la presencia, por un lado, del desconocimiento de sus objetivos, funciones y finalidad, y por el otro lado, a la presencia, entre los operadores jurídicos, de una cultura carcelaria, expresión de una política criminal que ve en el endurecimiento de la pena y en su aplicación efectiva, como las soluciones ante la criminalidad que agobia al país.

## RECOMENDACIONES

1. Se recomienda, siguiendo el modelo español, agrupar la reserva del fallo condenatorio bajo el rubro de “formas substitutivas de la imposición y de la ejecución de las penas”. De este modo, se indicaría mejor la finalidad de dicha institución penal y se facilitaría la interpretación de las disposiciones que las regulan y su aplicación concreta.
2. En lo referente a las causales de procedencia de la amonestación, prórroga del periodo de prueba y revocación de la reserva del fallo, están: el incumplimiento de las reglas de conducta y la condena del agente por otro delito. Lo que deja entender que puede tratarse de cualquier desobediencia a las reglas y de cualquier tipo de delito (doloso o culposos, grave o simple). Sin embargo, luego, se precisa que la revocación tendrá lugar si, durante el periodo de prueba, el agente es condenado por la comisión de un “nuevo delito doloso” a una pena privativa de libertad mayor de tres años. Sin embargo, el que se diga “un nuevo delito doloso” puede dar lugar a que se crea que el primer delito (por el que se reservó el fallo) también debe ser del mismo tipo. Con lo que se concluiría, incorrectamente, que la suspensión no procede en caso de delitos culposos. Por lo que, se está ante una redacción defectuosa, recomendándose una modificación, en la que se indica como causal *la condenada del agente por delito doloso*; eliminándose toda frase que de un sentido contrario a esta propuesta.
3. En la práctica, los jueces se limitan a establecer reglas de carácter general, por ejemplo, en caso de delitos sexuales “observar buena conducta”, “no tener trato sexual con menores”, “no frecuentar cantinas ni lugares inmorales”, “evitar malas compañías”; en caso de lesiones culposas: “manejar (vehículos) con prudencia”, “observar fielmente las disposiciones del Reglamento de tránsito”. En nuestra opinión, se recomienda que el juez debe abandonar estas tradicionales y estereotipadas frases, y tratar de establecer deberes en el sentido de los dados en ejemplo por el legislador y que, además ser adecuados para impulsar al condenado a comportarse debidamente, sean de fácil y práctico control. El control es, conforme el Código, de la competencia del juez que condena. En la práctica, estará a cargo de la policía. Esta, como muy bien dijo Abastos, es la menos indicada para tales menesteres. Hubiera sido mejor que se prevea un sistema ad hoc de control. Si no se conservó el patronato, se le debió remplazar por otra institución. Este control podría haber estado a cargo de un juez de ejecución de sentencias.

## **BIBLIOGRAFIA**

**ALARCÓN BRAVO, Jesús.** “EL TRATAMIENTO PENITENCIARIO”. En: *Estudios Penales*, Tomo II, Santiago de Compostela – España, 1979.

**ÁVALOS RODRÍGUEZ, Carlos.**

“PRESTACIÓN DE SERVICIOS A LA COMUNIDAD Y LIMITACIÓN DE DIAS LIBRES EN EL DERECHO PENAL PERUANO”: En: *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N° 03, Lima – Perú, 2002.

**BACIGALUPO ZAPATER, Enrique.**

“PRINCIPIOS DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL”, 4ta. Edición, Editorial Akal, Madrid – España, 1997.

**BARATTA, Anselmo.**

“INTEGRACIÓN – PREVENCIÓN, UNA NUEVA FUNDAMENTACIÓN DE LA PENA DENTRO DE LA TEORÍA SISTÉMICA”. En: *Cuadernos de Política Criminal*, N° 24, Madrid – España, 1984.

**BRAMONT ARIAS / BRAMONT ARIAS TORRES, Luis Alberto.**

“CÓDIGO PENAL ANOTADO”, 3ra. Edición, Editorial San Marcos, Lima – Perú, 2000.

**BRUNNER, José Joaquín.**

“AMÉRICA LATINA EN LA ENCRUCIJADA DE LA MODERNIDAD”. En: *Revista Foro*, N°. 20, Lima – Perú, 1993.

**BUENO ARÚS, Francisco.**

“NOTAS SOBRE LA LEY GENERAL PENITENCIARIA”. En: *Revista de Estudios Penitenciarios*, Madrid – España, 1978.

**BUENO ARÚS, Francisco.**

“EL TRABAJO PENITENCIARIO Y LA REDENCIÓN DE PENAS POR EL TRABAJO”. En: *Consejo General Del Poder Judicial, Vigilancia Penitenciaria (VI Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria)*, Madrid - España, 1994.

**BUSTOS RAMÍREZ, Juan.**

“BASES CRÍTICAS DE UN NUEVO DERECHO PENAL”. Editorial Temis, Bogotá – Colombia, 1982.

**BUSTOS RAMÍREZ, Manuel.**

“MANUAL DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL”, 4ta. Edición, Editorial Ariel, Barcelona – España, 1994.

**CARO CORIA, Dino Carlos.**

“SOBRE LA MODERNA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO-PENAL EN ESPAÑA Y EL RECHAZO DEL FUNCIONALISMO SISTÉMICO DE JAKOBS”. En: *Rev. Themis*, Lima – Perú, No. 35, 1997.

**CARO CORIA, Dino Carlos.**

**“SOCIEDADES DE RIESGO Y BIENES JURÍDICOS COLECTIVOS”.** En: *Rev. Themis*, Lima – Perú, No. 37, 1998.

**CEREZO MIR, José.**

**“CURSO DE DERECHO PENAL ESPAÑOL, PARTE GENERAL”,** 5ta. Edición, Editorial tecnos, Madrid – España, 1997.

**CID MOLINÉ, José.**

**“PENAS ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN”.** Editorial Bosch, Barcelona – España, 1997.

**COBO DEL ROSAL, Manuel / VIVES ANTÓN, Tomás.**

**“DERECHO PENAL. PARTE GENERAL”,** 3ra Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia - España, 1990.

**CUELLO CONTRERAS, Joaquín.**

**“EL DERECHO PENAL ESPAÑOL. CURSO DE INICIACIÓN. PARTE GENERAL”,** 2da. Edición, Editorial Civitas, Madrid – España, 1996.

**DE LEÓN VILLALBA, Francisco Javier.**

**“ACUMULACIÓN DE SANCIONES PENALES Y ADMINISTRATIVAS – SENTIDO Y ALCANCE DEL PRINCIPIO NE BIS IN IDEM”.** Editorial Bosch, Barcelona – España, 1998.

**DE LA FUENTE, Javier,** “EL CONCEPTO DE DOLO EVENTUAL EN LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA DEL TS DE ESPAÑA”. En: *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Editorial Ad-Hoc, 2000.

**DONNA, Edgardo Alberto / DE LA FUENTE, Javier Esteban.**

**“PREVENCIÓN, CULPABILIDAD, Y LA IDEA OBJETIVA DEL DOLO. EL DOLO EVENTUAL Y SU DIFERENCIA CON LA IMPRUDENCIA CONSCIENTE. A PROPÓSITO DEL CASO CABELLO”.** En: *Revista de Derecho Penal* 2003-2, Editorial Rubinzal-Culzoni, 2004.

**ESER, Albin.**

**“UNA JUSTICIA PENAL A LA MEDIDA DEL SER HUMANO ”.** En: *Revista de derecho penal y criminología*, N° 1, Madrid – España, 1998.

**FERNÁNDEZ CARRASQUISLLA, Juan.**

**“DERECHO PENAL FUNDAMENTAL”,** Tomo II, 2da. Edición, Editorial Temis, Bogotá – Colombia, 1989.

**FERRAJOLI, Luigi.**

**“DERECHO Y RAZÓN: TEORÍA DEL GARANTISMO PENAL”,** traducción de Terradillos Basoco, Editorial Trotta, Madrid – España, 1995.

**FIGUEROA NAVARRO, Aldo.**

**“LA INVOLUCIÓN DEL SISTEMA DE PENAS EN EL CONTEXTO DE LA POLITIZACIÓN DEL DERECHO PENAL”.** En: *Anuario de Derecho Penal*, Lima – Perú, 1998.



**FLORES MUÑOZ, Milko R.**  
“LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO”,  
Ediciones Debate Jurídico, Lima – Perú, 1994.

**GARCÍA - PABLOS DE MOLINA, Antonio.**  
“LA SUPUESTA FUNCIÓN RESOCIALIZADORA DEL DERECHO PENAL:  
UTOPIÍA, MITO Y EUFEMISMO”. En: *Anuario de Derecho Penal*, Madrid –  
España, 1970.

**GARCÍA – PABLOS DE MOLINA, Antonio.**  
“DERECHO PENAL. INTRODUCCIÓN”, 2da. Edición, Universidad  
Complutense de Madrid, Madrid – España, 2000.

**GILL S. Hipólito.**  
“LA INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LA PENA”, Gabinete de Estudios  
Culturales, San José – Costa Rica, 1996.

**GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis.**  
“PRESENTE Y FUTURO DE LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS”. En:  
*Cuadernos del Consejo General*, Madrid – España, 1996.

**HASSEMER, Winfried.**  
“FUNDAMENTOS DEL DERECHO PENAL”, traducción de Muñoz Conde /  
Arroyo Zapatero, Editorial Bosch, Barcelona – España, 1984.

**INSTITUTO ARGENTINO DE NEGOCIACIÓN, CONCILIACIÓN Y  
ARBITRAJE. “LA PROBATION”. Disponible en:**  
<http://www.ianca.com.ar/queproba.htm>

**ISSA, Henry / ARIAS, María Gerarda.** “DERECHOS HUMANOS EN EL  
SISTEMA PENAL”, Editorial Universidad Estatal a Distancia, San José –  
Costa Rica, 1996.

**JAKOBS, Gunther.**  
“TRATADO DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL”, Editorial Pons,  
Madrid – España, 1995.

**JESCHECK, Hans Henrich.**  
“TRATADO DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL”, Traducción de  
Rodríguez Manzanares, Editorial Comares, Granada – España, 1993.

**KAUFMANN, Armin.**  
“TEORÍA DE LAS NORMAS”, Traducción de Bacigalupo, Ediciones  
Depalma, Buenos Aires – Argentina, 1977.

**KAUFMANN, Armin.**  
“POLÍTICA CRIMINAL Y REFORMA PENAL”, Editorial Temis, Bogotá –  
Colombia, 1982.

**LANDROVE DÍAZ, Gerardo.**

**“LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO”, 4ta. Edición, Editorial Tecnos, Madrid - España, 1996.**

**LARRAURI, Elena. “SUSPENSIÓN Y SUSTITUCIÓN DE LA PENA EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL ESPAÑOL”. En: *Rev. Peruana de Ciencias Penales*, Nº 7-8, Lima – Perú, 1998.**

**LLORCA ORTEGA, José.**

**“MANUAL DE DETERMINACIÓN DE LA PENA CONFORME AL CÓDIGO PENAL DE 1995, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia – España, 1996.**

**MAPELLI CAFERENA, Borja / TERRADILLOS BASOCO, Juan.**

**“LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO”; 3ra. Edición, Editorial Civitas, Madrid – España, 1996.**

**MAURACH, Reinhart / ZIPF, Heinz.**

**“DERECHO PENAL PARTE GENERAL”, Tomo I, traducción de Bofia Genzsch, Editorial Astrea, Buenos Aires – Argentina, 1994.**

**MIR PUIG, Santiago.**

**“POLÍTICA CRIMINAL, PENA Y DELITO”. En: *Política Criminal y Reforma del Derecho Penal*, Editorial Temis, Bogotá – Colombia, 1982.**

**MIR PUIG, Santiago.**

**“DERECHO PENAL PARTE GENERAL”, PPU, 5ta. Edición, Barcelona – España, 1998.**

**MIR PUIG, Santiago.**

**“INTRODUCCIÓN A LAS BASES DE DERECHO PENAL”, 2da. Edición, Editorial B de F, Montevideo – Uruguay, 2002.**

**MUÑOZ CONDE, Francisco.**

**“INTRODUCCIÓN AL DERECHO PENAL” Editorial Bosch, Barcelona – España, 1975.**

**MUÑOZ CONDE, Francisco.**

**“DERECHO PENAL PARTE GENERAL”. 2da. Edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia -España, 1996.**

**NACIONES UNIDAS.**

**“LA INTEGRACIÓN DEL TRABAJO PENITENCIARIO EN LA ECONOMÍA NACIONAL, INCLUIDA LA REMUNERACIÓN DE LOS RECLUSOS”, Londres, 1960 (Doc.A/Conf. 17/29).**

**NAVARRO ALTAUS, Martín.**

**“EL SISTEMA DE PENAS EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO DE 1991. En: *Anuario de Derecho Penal*, Lima – Perú, 1999.**

**PACHECO Máximo.**

**“TEORÍA DEL DERECHO”, 4ta edición. Editorial Temis S.A. Bogotá - Colombia 1990.**

**PEÑA CABRERA, Raúl.**

**“TRATADO DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL”, 3ra. Edición, Editorial Grijley, Lima – Perú, 1997.**

**POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO ORTS, Miguel.**

**“¿MEDIDAS DE SEGURIDAD INOCUIZADORAS PARA DELINCUENTES PELIGROSOS?. REFLEXIONES SOBRE SU DISCUTIDA CONSTITUCIONALIDAD Y SOBRE EL FUNDAMENTO Y CLASES DE LA MEDIDAS DE SEGURIDAD. En: *Rev. Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N 02, Editorial Grijley, Lima – Perú, 2001.**

**PRADO SALDARRIAGA, Víctor.**

**“LA CONVERSION DE PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD EN EL DERECHO PENAL PERUANO Y SU APLICACION JUDICIAL”. En: *Anuario de Derecho Penal: Sistema de sanciones Penales*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima – Perú, 1998.**

**PRADO SALDARRIAGA, Víctor.**

**“LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO EN EL PERÚ”, Editorial Gaceta Jurídica, Lima – Perú, 2000.**

**PRADO SALDARRIAGA, Víctor.**

**“LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA”. En: *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, N° 01, Editorial Grijley, Lima – Perú, 2000.**

**QUINTERO OLIVARES, Gonzalo.**

**“MANUAL DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL”, 2da. Edición, Editorial Aranzadi, Navarra – España, 2000.**

**RENART GARCÍA, Felipe.**

**“LA PENA DE TRABAJO EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD DESDE UNA PERSPECTIVA COMPARADA”. En: *Anuario de Derecho Penal*, Lima – Perú, 1999.**

**RODRÍGUEZ DEVESA, José María.**

**“DERECHO PENAL ESPAÑOL, PARTE GENERAL”, 4.ª edición, Editorial Driskill, Madrid- España, 1974.**

**ROXIN, Claus.**

**“PROBLEMAS BÁSICOS DEL DERECHO PENAL”, Traducción de Diego Manuel Luzón Peña, Editorial Reus, Madrid – España, 1976.**

**ROXIN, Claus.**

**“DERECHO PENAL PARTE GENERAL: FUNDAMENTOS. LA ESTRUCTURA DE LA TEORÍA DEL DELITO”. Tomo I, Editorial Civitas, Madrid-España, 1997.**

**ROXIN, Claus.**

**“EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD Y SUS CAMBIOS (LH A ARTHUR KAUFMANN). En: “Dogmática Penal y Política Criminal”, Editorial Idemsa, Lima – Perú, 1997.**

**SALAZAR MARÍN, Mario.**

**“LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA”. En: *Nuevo Foro Penal*, N° 43, Editorial Temis, Bogotá – Colombia, 1989.**

**SÁNCHEZ GIL, José Luis. / GONZÁLEZ-HABA GUIADO, Vicente M.<sup>a</sup>.**

**“LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA PENITENCIARIA”. En: *Documentación Jurídica*, No. 77-78, Madrid – España, 1993.**

**SANZ MULAS, Nieves.**

**“ALTERNATIVAS A LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD, ANÁLISIS CRÍTICO Y PERSPECTIVAS DE FUTURO EN LAS REALIDADES ESPAÑOLA Y CENTROAMERICANA”, Editorial Colex, Madrid – España, 2000.**

**SCHÜNEMANN, Bernd.**

**“LA FUNCIÓN DEL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD EN EL DERECHO PENAL PREVENTIVO”. En: “*El Sistema Moderno de Derecho Penal: Cuestiones Fundamentales*”, Editorial Tecnos, Madrid – España, 1991.**

**SILVA SÁNCHEZ, Jesús María.**

**“APROXIMACIÓN AL DERECHO PENAL CONTEMPORÁNEO”, Editorial Bosch, Barcelona – España, 1992.**

**SILVA SÁNCHEZ, Jesús María.**

**“LA EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL. ASPECTOS DE LA POLÍTICA CRIMINAL EN LAS SOCIEDADES POST-INDUSTRIALES”, Editorial Civitas, Madrid – España, 1999.**

**SILVA SÁNCHEZ, Jesús María.**

**“EL RETORNO DE LA INOCUIZACIÓN. EL CASO DE LAS REACCIONES JURÍDICO PENALES FRENTE A LOS DELINCUENTES SEXUALES VIOLENTOS”: En: *Estudios de Derecho Penal*, Editorial Grijley, Lima – Perú, 2000.**

**SILVA SÁNCHEZ, Jesús María.**

**“¿RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL O RESPONSABILIDAD SOCIAL EN EL DELITO?”. En: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 12, Editorial Idemsa, Lima – Perú, 2002.**

**VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando.**

**“DERECHO PENAL PARTE GENERAL”. 3era. Edición, Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá- Colombia, 1997.**

**VILLAVICENCIO TERREROS, Luis Felipe.**

**“CÓDIGO PENAL COMENTADO”, 3ra. Edición, Editorial Grijley, Lima – Perú, 2001.**

**ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro.  
“DERECHO PENAL. PARTE GENERAL”, Volumen II, Editorial Ediar, Buenos Aires – Argentina, 2000.**

**ZUGALDÍA ESPINAR, J. María.  
“FUNDAMENTOS DE DERECHO PENAL”, 3ra. Edición, Editorial Tirant lo blanch, Valencia – España, 1993.**

**ANEXO I**  
**LA RESERVA DEL FALLO CONDENATORIO EN LA**  
**LEGISLACIÓN COMPARADA**

## **1. EN EUROPA**

### **1.1 ALEMANIA**

En Alemania, la reserva del fallo condenatorio, se conoce como: *reserva de pena* (Strafvorbehalt) debido a que, según el § 59 del Código Penal, se trata más bien de una amonestación con reserva de pena.

Por otro lado, el juez debe, además de establecer el veredicto de culpabilidad (Schuldanspruch), determinar la pena correspondiente y reservar la condena respectiva.

Así, el Código Penal alemán del 15 de Mayo de 1871, ha regulado la figura en análisis de la siguiente forma:

#### **Título V**

#### **Amonestación con reserva de penal; abstención de pena**

#### **§ 59. Presupuestos de la amonestación con reserva de penal**

(1) Si alguien incurre en pena de multa hasta 180 días de importes diarios, entonces el tribunal puede amonestarlo accesoriamente al fallo condenatorio, determinar la pena y reservar la condena para esa pena, cuando:

1. sea de esperar que el autor se abstenga en el futuro de cometer hechos punibles aun sin condena a pena.

2. una valoración en conjunto del hecho y de la personalidad del autor demuestran especiales circunstancias según las cuales es procedente que a él se le puede eximir de la condena a pena; y,

3. La defensa del ordenamiento jurídico no exija la condena a pena.

El § 56 inciso primero segunda frase rige en lo correspondiente.

(2) La amonestación con reserva de pena por regla general es excluida cuando el autor durante los últimos tres años antes del hecho fue amonestado con reserva de pena o condenado a pena.

(3) Junto a la amonestación puede aplicarse el comiso, la confiscación o la inutilización. Junto con las medidas de mejoramiento y seguridad está prohibida la amonestación con reserva de pena.

### **1.2 ESPAÑA**

En España, la reserva del fallo condenatorio es un mecanismo sustitutivo a la pena privativa de libertad, estableciendo un sistema severo de control de las reglas de conducta que se le impone al imputado.

Así, el Código Penal español, aprobado por LO 10/1995, del 23 de noviembre, presenta la siguiente regulación:

**CAPÍTULO III**  
**DE LAS FORMAS SUSTITUTIVAS DE LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS**  
**PRIVATIVAS DE LIBERTAD**  
**SECCIÓN 1ª**  
**DE LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE**  
**LIBERTAD**

**Artículo 80**

1. Los Jueces o Tribunales podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad inferiores a dos años mediante resolución motivada, atendiendo fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto.
2. El plazo de suspensión será de dos a cinco años para las penas privativas de libertad inferiores a dos años, y de tres meses a un año para las penas leves y se fijará por los Jueces o Tribunales, previa audiencia de las partes, atendidas las circunstancias personales del delincuente, las características del hecho y la duración de la pena.
3. La suspensión de la ejecución de la pena no será extensiva a la responsabilidad civil derivada del delito o falta penados.
4. Los Jueces y Tribunales sentenciadores podrán otorgar la suspensión de cualquier pena impuesta sin sujeción a requisito alguno en el caso de que el penado esté aquejado de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables, salvo que en el momento de la comisión del delito tuviera ya otra pena suspendida por el mismo motivo.

**Artículo 81**

Serán condiciones necesarias para dejar en suspenso la ejecución de la pena, las siguientes:

- 1ª. Que el condenado haya delinquido por primera vez. A tal efecto no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados, o debieran serlo, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 136 de este Código.
- 2ª. Que la pena impuesta, o la suma de las impuestas en una misma sentencia, no sea superior a los dos años de privación de libertad.
- 3ª. Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado, salvo que el Juez o Tribunal sentenciador, después de oír a los interesados y al Ministerio Fiscal, declare la imposibilidad total o parcial de que el condenado haga frente a las mismas.

**Artículo 82**

Declarada la firmeza de la sentencia y acreditados los requisitos establecidos en el artículo anterior, los Jueces o Tribunales se pronunciarán con la mayor urgencia sobre la concesión o no de la suspensión de la ejecución de la pena. Mientras tanto, no comunicarán ningún antecedente al Registro Central de Penados y Rebeldes.

Si el Juez o Tribunal acordara la suspensión de la ejecución de la pena, la inscripción de la pena suspendida se llevará a cabo en una Sección especial,



separada y reservada de dicho Registro, a la que sólo podrán pedir antecedentes los Jueces o Tribunales.

### **Artículo 83**

1. La suspensión de la ejecución de la pena quedará siempre condicionada a que el reo no delinca en el plazo fijado por el Juez o Tribunal conforme al artículo 80.2 de este Código. En el caso de que la pena suspendida fuese de prisión, el Juez o Tribunal sentenciador, si lo estima necesario, podrá también condicionar la suspensión al cumplimiento de las obligaciones o deberes que le haya fijado de entre las siguientes:

1º. Prohibición de acudir a determinados lugares.

1º. bis) Prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, o de comunicarse con ellos.

2º. Prohibición de ausentarse sin autorización del Juez o Tribunal del lugar donde resida.

3º. Comparecer personalmente ante el Juzgado o Tribunal, o Servicio de la Administración que éstos señalen, para informar de sus actividades y justificarlas.

4º. Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares.

5º. Cumplir los demás deberes que el Juez o Tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de éste, siempre que no atenten contra su dignidad como persona.

2. Los servicios correspondientes de la Administración competente informarán al Juez o Tribunal Sentenciador, al menos cada tres meses, sobre la observancia de las reglas de conducta impuestas.

### **Artículo 84**

1. Si el sujeto delinquiera durante el plazo de suspensión fijado, el Juez o Tribunal revocará la suspensión de la ejecución de la pena.

2. Si el sujeto infringiera durante el plazo de suspensión las obligaciones o deberes impuestos, el Juez o Tribunal podrá, previa audiencia de las partes, según los casos:

a) Sustituir la regla de conducta impuesta por otra distinta.

b) Prorrogar el plazo de suspensión, sin que en ningún caso pueda exceder de cinco años.

c) Revocar la suspensión de la ejecución de la pena, si el incumplimiento fuera reiterado.

## **1.3 ITALIA**

De igual forma, el Código Penal italiano dispone lo siguiente:

### **Art. 163 Sospensione condizionale della pena**

Nel pronunciare sentenza di condanna alla reclusione o all'arresto per un tempo non superiore a due anni, ovvero a pena pecuniaria che, sola o congiunta alla pena detentiva e ragguagliata a norma dell'articolo 135, sia equivalente ad una pena privativa della libertà personale per un tempo non superiore, nel complesso, a due anni, il giudice può ordinare che l'esecuzione della pena

rimanga sospesa per il termine di cinque anni se la condanna e' per delitto e di due anni se la condanna e' per contravvenzione.

Se il reato e' stato commesso da un minore degli anni diciotto, la sospensione puo' essere ordinata quando si infligga una pena restrittiva della liberta' personale non superiore a tre anni, ovvero una pena pecuniaria che, sola o congiunta alla pena detentiva e ragguagliata a norma dell'articolo 135, sia equivalente ad una pena privativa della liberta' personale per un tempo non superiore, nel complesso, a tre anni.

Se il reato e' stato commesso da persona di eta' superiore agli anni diciotto ma inferiore agli anni ventuno o da chi ha compiuto gli anni settanta, la sospensione puo' essere ordinata quando si infligga una pena restrittiva della liberta' personale non superiore a due anni e sei mesi ovvero una pena pecuniaria che, sola o congiunta alla pena detentiva e ragguagliata a norma dell'articolo 135, sia equivalente ad una pena privativa della liberta' personale per un tempo non superiore, nel complesso, a due anni e sei mesi.

#### **Art. 164 Limiti entro i quali e' ammessa la sospensione condizionale della pena**

La sospensione condizionale della pena e' ammessa soltanto se, avuto riguardo alle circostanze indicate nell'art. 133, il giudice presume che il colpevole si asterra' dal commettere ulteriori reati.

La sospensione condizionale della pena non puo' essere concessa:

- 1) a chi ha riportato una precedente condanna a pena detentiva per delitto, anche se e' intervenuta la riabilitazione, ne' al delinquente o contravventore abituale o professionale;
- 2) allorché alla pena inflitta deve essere aggiunta una misura di sicurezza personale, perche' il reo e' persona che la legge presume socialmente pericolosa.

La sospensione condizionale della pena rende inapplicabili le misure di sicurezza, tranne che si tratti della confisca.

La sospensione condizionale della pena non puo' essere concessa piu' di una volta. Tuttavia il giudice, nell'infliggere una nuova condanna, puo' disporre la sospensione condizionale qualora la pena da infliggere, cumulata con quella irrogata con la precedente condanna anche per delitto, non superi i limiti stabiliti dall'articolo 163

#### **Art. 165 Obblighi del condannato**

La sospensione condizionale della pena puo' essere subordinata all'adempimento dell'obbligo delle restituzioni, al pagamento della somma liquidata a titolo di risarcimento del danno o provvisoriamente assegnata sull'ammontare di esso e alla pubblicazione della sentenza a titolo di riparazione del danno;

puo' altresì essere subordinata, salvo che la legge disponga altrimenti, all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato, secondo le modalita' indicate dal giudice nella sentenza di condanna.

La sospensione condizionale della pena, quando e' concessa a persona che ne ha gia' usufruito, deve essere subordinata all'adempimento di uno degli obblighi previsti nel comma precedente, salvo che cio' sia impossibile.

Il giudice nella sentenza stabilisce il termine entro il quale gli obblighi devono essere adempiuti.

#### **Art. 166 Effetti della sospensione**

La sospensione condizionale della pena si estende alle pene accessorie.

La condanna a pena condizionalmente sospesa non può costituire in alcun caso, di per sé sola, motivo per l'applicazione di misure di prevenzione, né d'impedimento all'accesso a posti di lavoro pubblici o privati tranne i casi specificamente previsti dalla legge, né per il diniego di concessioni, di licenze o di autorizzazioni necessarie per svolgere attività lavorativa.

#### **Art. 167 Estinzione del reato**

Se, nei termini stabiliti, il condannato non commette un delitto, ovvero una contravvenzione della stessa indole, ed adempie gli obblighi impostigli, il reato è estinto. Il tal caso non ha luogo la esecuzione delle pene (1).

#### **Art. 168 Revoca della sospensione**

Salva la disposizione dell'ultimo comma dell'art. 164, la sospensione condizionale della pena è revocata di diritto qualora, nei termini stabiliti, il condannato:

- 1) commetta un delitto ovvero una contravvenzione della stessa indole, per cui venga inflitta una pena detentiva, o non adempia agli obblighi impostigli;
- 2) riporti un'altra condanna per un delitto anteriormente commesso a pena che, cumulata a quella precedentemente sospesa, supera i limiti stabiliti dall'art. 163. Qualora il condannato riporti un'altra condanna per un delitto anteriormente commesso, a pena che, cumulata a quella precedentemente sospesa, non supera i limiti stabiliti dall'art. 163, il giudice, tenuto conto dell'indole e della gravità del reato, può revocare l'ordine di sospensione condizionale della pena.

### **1.4 PORTUGAL**

Por su parte, el Código Penal de Portugal dispone lo siguiente:

#### **SECÇÃO II**

#### **Suspensão da execução da pena de prisão**

##### **Artigo 50º**

##### **Pressupostos e duração**

1 - O tribunal suspende a execução da pena de prisão aplicada em medida não superior a 3 anos se, atendendo à personalidade do agente, às condições da sua vida, à sua conduta anterior e posterior ao crime e às circunstâncias deste, concluir que a simples censura do facto e a ameaça da prisão realizam de forma adequada e suficiente as finalidades da punição.

2 - O tribunal, se o julgar conveniente e adequado à realização das finalidades da punição, subordina a suspensão da execução da pena de prisão, nos termos dos artigos seguintes, ao cumprimento de deveres ou à observância de regras de conduta, ou determina que a suspensão seja acompanhada de regime de prova.

3 - Os deveres, as regras de conduta e o regime de prova podem ser impostos cumulativamente.

4 - A decisão condenatória especifica sempre os fundamentos da suspensão e das suas condições.

5 - O período de suspensão é fixado entre 1 e 5 anos a contar do trânsito em julgado da decisão.

### **Artigo 51º**

#### **Deveres**

1 - A suspensão da execução da pena de prisão pode ser subordinada ao cumprimento de deveres impostos ao condenado e destinados a reparar o mal do crime, nomeadamente:

a) Pagar dentro de certo prazo, no todo ou na parte que o tribunal considerar possível, a indemnização devida ao lesado, ou garantir o seu pagamento por meio de caução idónea;

b) Dar ao lesado satisfação moral adequada;

c) Entregar a instituições, públicas ou privadas, de solidariedade social ou ao Estado, uma contribuição monetária ou prestação em espécie de valor equivalente.

2 - Os deveres impostos não podem em caso algum representar para o condenado obrigações cujo cumprimento não seja razoavelmente de lhe exigir.

3 - Os deveres impostos podem ser modificados até ao termo do período de suspensão sempre que ocorrerem circunstâncias relevantes supervenientes ou de que o tribunal só posteriormente tiver tido conhecimento.

### **Artigo 52º**

#### **Regras de conduta**

1 - O tribunal pode impor ao condenado o cumprimento, pelo tempo de duração da suspensão, de regras de conduta destinadas a facilitar a sua reintegração na sociedade, nomeadamente:

a) Não exercer determinadas profissões;

b) Não frequentar certos meios ou lugares;

c) Não residir em certos lugares ou regiões;

d) Não acompanhar, alojar ou receber determinadas pessoas;

e) Não frequentar certas associações ou não participar em determinadas reuniões;

f) Não ter em seu poder objectos capazes de facilitar a prática de crimes;

g) Apresentar-se periodicamente perante o tribunal, o técnico de reinserção social ou entidades não policiais.

2 - O tribunal pode ainda, obtido o consentimento prévio do condenado, determinar a sua sujeição a tratamento médico ou a cura em instituição adequada.

3 - É correspondentemente aplicável o disposto nos nºs 2 e 3 do artigo anterior.

### **Artigo 53º**

#### **Suspensão com regime de prova**

1 - O tribunal pode determinar que a suspensão seja acompanhada de regime de prova, se o considerar conveniente e adequado a facilitar a reintegração do condenado na sociedade.

2 - O regime de prova assenta num plano individual de readaptação social, executado com vigilância e apoio, durante o tempo de duração da suspensão, dos serviços de reinserção social.

3 - O regime de prova é, em regra, de ordenar quando a pena de prisão cuja execução for suspensa tiver sido aplicada em medida superior a 1 ano e o condenado não tiver ainda completado, ao tempo do crime, 25 anos de idade.

#### **Artigo 54º**

##### **Plano individual de readaptação social**

1 - O plano individual de readaptação social é dado a conhecer ao condenado, obtendo-se, sempre que possível, o seu acordo.

2 - O tribunal pode impor os deveres e regras de conduta referidos nos artigos 51º e 52º e ainda outras obrigações que interessem ao plano de readaptação e ao aperfeiçoamento do sentimento de responsabilidade social do condenado, nomeadamente:

- a) Responder a convocatórias do magistrado responsável pela execução e do técnico de reinserção social;
- b) Receber visitas do técnico de reinserção social e comunicar-lhe ou colocar à sua disposição informações e documentos comprovativos dos seus meios de subsistência;
- c) Informar o técnico de reinserção social sobre alterações de residência e de emprego, bem como sobre qualquer deslocação superior a 8 dias e sobre a data do previsível regresso;
- d) Obter autorização prévia do magistrado responsável pela execução para se deslocar ao estrangeiro.

#### **Artigo 55º**

##### **Falta de cumprimento das condições da suspensão**

Se, durante o período da suspensão, o condenado, culposamente, deixar de cumprir qualquer dos deveres ou regras de conduta impostos, ou não corresponder ao plano de readaptação, pode o tribunal:

- a) Fazer uma solene advertência;
- b) Exigir garantias de cumprimento das obrigações que condicionam a suspensão;
- c) Impor novos deveres ou regras de conduta, ou introduzir exigências acrescidas no plano de readaptação;
- d) Prorrogar o período de suspensão até metade do prazo inicialmente fixado, mas não por menos de 1 ano nem por forma a exceder o prazo máximo de suspensão previsto no nº 5 do artigo 50º.

#### **Artigo 56º**

##### **Revogação da suspensão**

1 - A suspensão da execução da pena de prisão é revogada sempre que, no seu decurso, o condenado:

- a) Infringir grosseira ou repetidamente os deveres ou regras de conduta impostos ou o plano individual de readaptação social; ou
- b) Cometer crime pelo qual venha a ser condenado, e revelar que as finalidades que estavam na base da suspensão não puderam, por meio dela, ser alcançadas.

2 - A revogação determina o cumprimento da pena de prisão fixada na sentença, sem que o condenado possa exigir a restituição de prestações que haja efectuado.

## **Artigo 57º**

### **Extinção da pena**

1 - A pena é declarada extinta se, decorrido o período da sua suspensão, não houver motivos que possam conduzir à sua revogação.

2 - Se, findo o período da suspensão, se encontrar pendente processo por crime que possa determinar a sua revogação ou incidente por falta de cumprimento dos deveres, das regras de conduta ou do plano de readaptação, a pena só é declarada extinta quando o processo ou o incidente findarem e não houver lugar à revogação ou à prorrogação do período da suspensão.

## **2. EN AMÉRICA**

### **2.1 ARGENTINA**

El Código Penal argentino dispone lo siguiente:

#### **TÍTULO XII**

#### **De la suspensión del juicio a prueba**

##### **Artículo 76 bis**

El imputado de un delito de acción pública reprimido con pena de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de tres años, podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba. En los casos de concurso de delitos, el imputado también podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba si el máximo de la pena de reclusión o prisión aplicable no excediese de 3 años.

Al presentar la solicitud, el imputado deberá ofrecer hacerse cargo de la reparación del daño en la medida de lo posible, sin que ello implique confesión ni reconocimiento de la responsabilidad civil correspondiente. El juez decidirá sobre la razonabilidad del ofrecimiento en resolución fundada. La parte damnificada podrá aceptar o no la reparación ofrecida, y en este último caso, si la realización del juicio se suspendiere, tendrá habilitada la acción civil correspondiente.

Si las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable, y hubiese consentimiento del fiscal, el tribunal podrá suspender la realización del juicio.

Si el delito o algunos de los delitos que integran el concurso estuviera reprimido con pena de multa aplicable en forma conjunta o alternativa con la de prisión, será condición, además, que se pague el mínimo de la multa correspondiente.

El imputado deberá abandonar en favor del Estado, los bienes que presumiblemente resultarían decomisados en caso que recayera condena.

No procederá la suspensión del juicio a prueba cuando un funcionario público, en el ejercicio de sus funciones, hubiese participado en el delito.

Tampoco precederá la suspensión del juicio a prueba respecto de los delitos reprimidos con pena de inhabilitación.

##### **Artículo 76 ter**

El tiempo de la suspensión del juicio será fijado por el tribunal entre uno y tres años, según la gravedad del delito. El tribunal establecerá las reglas de

conducta que deberá cumplir el imputado, conforme las previsiones del artículo 27 bis.

Durante este tiempo se suspenderá la prescripción de la acción penal.

La suspensión del juicio será dejada sin efecto si con posterioridad se conocieran circunstancias que modifiquen el máximo de la pena aplicable o la estimación acerca de la condicionalidad de la ejecución de la posible condena.

Si durante el tiempo fijado por el tribunal el imputado no comete un delito, repara los daños en la medida ofrecida y cumple con las reglas de conducta establecidas, se extinguirá la acción penal. En caso contrario, se llevará a cabo el juicio y si el imputado fuere absuelto se le devolverán los bienes abandonados en favor del Estado y la multa pagada, pero no podrá pretender el reintegro de las reparaciones cumplidas.

Cuando la realización del juicio fuese determinada por la comisión de un nuevo delito, la pena que se imponga no podrá ser dejada en suspenso.

La suspensión de un juicio a prueba podrá ser concedida por segunda vez si el nuevo delito ha sido cometido después de haber transcurrido ocho años a partir de la fecha de expiración del plazo por el cual hubiera sido suspendido el juicio en el proceso anterior.

No se admitirá una nueva suspensión de juicio respecto de quien hubiese incumplido las reglas impuestas en una suspensión anterior.

Artículo 76 quater

La suspensión del juicio a prueba hará inaplicables al caso las reglas de prejudicialidad de los artículos 1.101 y 1.102 del Código Civil, y no obstará a la aplicación de las sanciones contravencionales, disciplinarias o administrativas que pudieran corresponder

## **2.2 BOLIVIA**

El Código Penal boliviano establece lo siguiente:

### **CAPITULO IV SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA PENA Y PERDON JUDICIAL**

Art. 59°.- (SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA PENA). El juez, en sentencia motivada y previos los informes necesarios, podrá suspender condicionalmente el cumplimiento y ejecución de la pena, cuando concurren los requisitos siguientes:

1. La pena privativa de libertad impuesta no exceda de tres años;
2. El agente no haya sido objeto de condena anterior nacional o extranjera por delito doloso; y,
3. La personalidad y los móviles del agente, la naturaleza y modalidad del hecho y el deseo manifestado de reparar en lo posible las consecuencias del mismo, no permitan inferir que el condenado cometerá nuevos delitos.

Art. 60°.- (DELITOS CULPOSOS). La suspensión condicional de la pena podrá otorgarse, por una segunda vez, tratándose de delitos culposos que tuvieran señalado pena privativa de libertad.

Art. 61°.- (PERÍODO DE PRUEBA). En la sentencia motivada, el juez señalará las normas de conducta que deba cumplir el beneficiario: no incurrir en otro delito doloso, dedicarse a un oficio o profesión, residir o no en un lugar determinado, abstenerse del juego y de bebidas alcohólicas, dentro de un término que el juez estime conveniente entre dos y cinco años, a contar de la fecha de la condena.

El juez de vigilancia informará periódicamente al juez de la acusa sobre la conducta observada por el beneficiario durante dicho período.

Art. 62°.- (REVOCATORIA). Si durante el período de prueba el beneficiario quebrantare sin causa justificada las normas de conducta impuestas, la suspensión será revocada y se aplicará la sanción ya establecida. Si cometiere otro delito, quedará sujeto al cumplimiento de todas las penas, según lo establecido en el artículo 45° para el concurso real.

Art. 63°.- (EXTINCIÓN DE LA PENA). Si la suspensión no hubiera sido revocada durante el período de prueba, la pena quedará extinguida.

Art. 64°.- (PERDÓN JUDICIAL). El juez podrá conceder, excepcionalmente, el perdón judicial al autor de un primer delito cuya sanción no sea mayor a un año, cuando por la levedad especial del hecho y los motivos determinantes, existan muchas probabilidades de que no volverá a delinquir.

Art. 65°.- (RESPONSABILIDAD CIVIL). La suspensión condicional de la pena y el perdón judicial, no comprenden la responsabilidad civil, que deberá ser siempre satisfecha.

## **2.3 COLOMBIA**

El Código Penal de Colombia del año 2000, regula lo siguiente:

### **CAPITULO TERCERO**

#### **De los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad**

Artículo 63. *Suspensión condicional de la ejecución de la pena.* La ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta en sentencia de primera, segunda o única instancia, se suspenderá por un período de dos (2) a cinco (5) años, de oficio o a petición del interesado, siempre que concurren los siguientes requisitos:

1. Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de tres (3) años.
2. Que los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la modalidad y gravedad de la conducta punible sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena.

La suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad no será extensiva a la responsabilidad civil derivada de la conducta punible.

El juez podrá exigir el cumplimiento de las penas no privativas de la libertad concurrentes con ésta. En todo caso cuando se trate de lo dispuesto en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política, se exigirá su cumplimiento.



Artículo 64. *Libertad condicional.* El Juez concederá la libertad condicional al condenado a pena privativa de la libertad mayor de tres (3) años, cuando haya cumplido las tres quintas partes de la condena, siempre que de su buena conducta en el establecimiento carcelario pueda el Juez deducir, motivadamente, que no existe necesidad para continuar con la ejecución de la pena.

No podrá negarse el beneficio de la libertad condicional atendiendo a las circunstancias y antecedentes tenidos en cuenta para la dosificación de la pena.

El período de prueba será el que falte para el cumplimiento total de la condena.

Artículo 65. *Obligaciones.* El reconocimiento de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y de la libertad condicional comporta las siguientes obligaciones para el beneficiario:

1. Informar todo cambio de residencia.
2. Observar buena conducta.
3. Reparar los daños ocasionados con el delito, a menos que se demuestre que está en imposibilidad económica de hacerlo.
4. Comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la sentencia, cuando fuere requerido para ello.
5. No salir del país sin previa autorización del funcionario que vigile la ejecución de la pena.

Estas obligaciones se garantizarán mediante caución.

Artículo 66. *Revocación de la suspensión de la ejecución condicional de la pena y de la libertad condicional.* Si durante el período de prueba el condenado violare cualquiera de las obligaciones impuestas, se ejecutará inmediatamente la sentencia en lo que hubiere sido motivo de suspensión y se hará efectiva la caución prestada.

Igualmente, si transcurridos noventa días contados a partir del momento de la ejecutoria de la sentencia en la cual se reconozca el beneficio de la suspensión condicional de la condena, el amparado no compareciere ante la autoridad judicial respectiva, se procederá a ejecutar inmediatamente la sentencia.

Artículo 67. *Extinción y liberación.* Transcurrido el período de prueba sin que el condenado incurra en las conductas de que trata el artículo anterior, la condena queda extinguida, y la liberación se tendrá como definitiva, previa resolución judicial que así lo determine.

Artículo 68. *Reclusión domiciliaria u hospitalaria por enfermedad muy grave.* El juez podrá autorizar la ejecución de la pena privativa de la libertad en la residencia del penado o centro hospitalario determinado por el INPEC, en caso que se encuentre aquejado por una enfermedad muy grave incompatible con la vida en reclusión formal, salvo que en el momento de la comisión de la conducta tuviese ya otra pena suspendida por el mismo motivo. Cuando el condenado sea quien escoja el centro hospitalario, los gastos correrán por su cuenta.

Para la concesión de este beneficio debe mediar concepto de médico legista especializado.

Se aplicará lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 38.

El Juez ordenará exámenes periódicos al sentenciado a fin de determinar si la situación que dio lugar a la concesión de la medida persiste.

En el evento de que la prueba médica arroje evidencia de que la patología que padece el sentenciado ha evolucionado al punto que su tratamiento sea compatible con la reclusión formal, revocará la medida.

Si cumplido el tiempo impuesto como pena privativa de la libertad, la condición de salud del sentenciado continúa presentando las características que justificaron su suspensión, se declarará extinguida la sanción.

## **ANEXO II MODELOS DE ENCUESTA**

**UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS  
ESCUELA DE POST GRADO  
UNIDAD DE POST GRADO  
MAESTRIA EN DERECHO PENAL**

**INVESTIGACIÓN ACADÉMICA**

**TEMA:**

**LA RESERVA DEL FALLO CONDENATORIO COMO  
MECANISMO ALTERNATIVO A LA SANCIÓN PENAL Y SU  
APLICACIÓN EN EL DISTRITO JUDICIAL DE LIMA DURANTE  
EL PERÍODO 2002- 2007**

<p><b>ENCUESTA MAGISTRADOS</b></p>
--

**INDICACIONES:**

1. La presente “Encuesta” ha sido elaborada con la finalidad de obtener importantes datos, los cuales, están basadas en vuestras opiniones, para la elaboración de la Tesis referida a la reserva del fallo condenatorio, la cual, será presentada en la Unidad de Post - Grado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
2. Se ruega, que se responda con la mayor sinceridad, claridad y profundidad cada pregunta que conforma esta encuesta. Desde ya, se expresa los sentimientos de mi mayor gratitud y estima personal.

## CUESTIONARIO

1. ¿Considera Ud. que la actual aplicación de la reserva del fallo condenatorio es eficaz en nuestro sistema penal?

Si ( )

No ( )

¿Por qué?

---

---

---

---

2. ¿Estima Ud. que hay un adecuado tratamiento de la reserva del fallo condenatorio en nuestro Código Penal?

Si ( )

No ( )

¿Por qué?

---

---

---

---

3. Puede escoger entre una o varias alternativas.

¿Cuáles son los factores que Ud. toma en cuenta para aplicar la reserva del fallo condenatorio?

El quantum de la pena ( )

El pronóstico favorable de la conducta del imputado ( )

La discrecionalidad del Juez ( )

Otro:

---

---

---

4. ¿Opina Ud. que la naturaleza del fallo condenatorio descansa en la prevención especial?

Si ( )

No ( )

¿Por qué?

---

---

---

5. ¿Según su opinión, en qué porcentaje se viene aplicando la reserva del fallo condenatorio en el Distrito Judicial de Lima, durante el período 2002-2007?

Alto ( )

Bajo ( )

¿Por qué?

---

---

---

6. Puede escoger entre una o varias alternativas.  
Para Ud. ¿Cuáles son los factores, por los cuales, no se viene aplicando, en un porcentaje mayor, la reserva del fallo condenatorio en el Distrito Judicial de Lima, durante el período 2002-2007?

Desconocimiento de los objetivos, finalidades y funciones ( )

La presencia de una cultura de encarcelamiento ( )

Otro:

---

---

---

7. ¿Qué recomendaciones formularía para mejorar la eficacia del actual tratamiento de la reserva del fallo condenatorio?

---

---

---

**UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS  
ESCUELA DE POST GRADO  
UNIDAD DE POST GRADO  
MAESTRIA EN DERECHO PENAL**

**INVESTIGACIÓN ACADÉMICA**

**TEMA:**

**LA RESERVA DEL FALLO CONDENATORIO COMO  
MECANISMO ALTERNATIVO A LA SANCIÓN PENAL Y SU  
APLICACIÓN EN EL DISTRITO JUDICIAL DE LIMA DURANTE  
EL PERÍODO 2002- 2007**

<p><b>ENCUESTA FISCALES</b></p>
-------------------------------------

**INDICACIONES:**

3. La presente “Encuesta” ha sido elaborada con la finalidad de obtener importantes datos, los cuales, están basadas en vuestras opiniones, para la elaboración de la Tesis referida a la reserva del fallo condenatorio, la cual, será presentada en la Unidad de Post - Grado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
4. Se ruega, que se responda con la mayor sinceridad, claridad y profundidad cada pregunta que conforma esta encuesta. Desde ya, se expresa los sentimientos de mi mayor gratitud y estima personal.

## CUESTIONARIO

1. Considera Ud. que la actual aplicación de la reserva del fallo condenatorio es eficaz en nuestro sistema penal?

Si ( )

No ( )

¿Por qué?

---

---

---

2. Según su opinión ¿cuáles son los factores, por los cuales, no se viene aplicando, en un porcentaje mayor, la reserva del fallo condenatorio en el Distrito Judicial de Lima, durante el período 2002-2007?

---

---

---

3. Para Ud. ¿cuál debe ser el rol del Ministerio Público frente a la aplicación de la reserva del fallo condenatorio?

---

---

---

4. ¿Qué recomendaciones formularía para mejorar la eficacia del actual tratamiento de la reserva del fallo condenatorio?

---

---

---



**UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS  
ESCUELA DE POST GRADO  
UNIDAD DE POST GRADO  
MAESTRIA EN DERECHO PENAL**

**INVESTIGACIÓN ACADÉMICA**

**TEMA:**

**LA RESERVA DEL FALLO CONDENATORIO COMO  
MECANISMO ALTERNATIVO A LA SANCIÓN PENAL Y SU  
APLICACIÓN EN EL DISTRITO JUDICIAL DE LIMA DURANTE  
EL PERÍODO 2002- 2007**

**ENCUESTA  
ABOGADOS**

**INDICACIONES:**

2. La presente “Encuesta” ha sido elaborada con la finalidad de obtener importantes datos, los cuales, están basadas en vuestras opiniones, para la elaboración de la Tesis referida a la reserva del fallo condenatorio, la cual, será presentada en la Unidad de Post - Grado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
3. Se ruega, que se responda con la mayor sinceridad, claridad y profundidad cada pregunta que conforma esta encuesta. Desde ya, se expresa los sentimientos de mi mayor gratitud y estima personal.

## CUESTIONARIO

1. ¿Considera Ud. que la actual aplicación de la reserva del fallo condenatorio es eficaz en nuestro sistema penal?

Si ( )

No ( )

¿Por qué?

---

---

---

2. Según su opinión ¿cuáles son los factores, por los cuales, no se viene aplicando, en un porcentaje mayor, la reserva del fallo condenatorio en el Distrito Judicial de Lima, durante el período 2002-2007?

---

---

---

3. Para Ud. ¿el rol de la defensa frente a la aplicación de la reserva del fallo condenatorio es:

Adecuada ( )

Inadecuada ( )

¿Por qué?

---

---

---

4. Con relación a su anterior respuesta ¿cuál debe ser el rol de los abogados frente a la aplicación de la reserva del fallo condenatorio?

---

---

---

5. ¿Qué recomendaciones formularía para mejorar la eficacia del actual tratamiento de la reserva del fallo condenatorio?

---

---

---

## **ANEXO III ESTUDIO DE CASOS**

### **Sumario:**

- 1. Caso Guevara Peña.- Sentencia y Resolución del CNM**
- 2. Caso Sally Bowen**
- 3. Precedente vinculante de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia del Perú**